



Revista de Direito da ADVOCEF

*Associação Nacional dos Advogados
da Caixa Econômica Federal*



ADVOCEF

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal

Rua Santa Catarina, 50 - Salas 602/603 - Londrina - PR

Telefones: (43) 3323.5899 e 0800 400 8899

www.advocef.org.br

revista@advocef.org.br

Revista de Direito da ADVOCEF. Londrina, ADVOCEF, v.1, n.3, 2006/2007

Semestral

ISSN: 1808-5822

1. Advogado. 2. Direito. 3. Legislação. 4. Banco. I. Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. II. Título.

343.03

343.8103

Capa: *Marcelo Torrecillas*

Editoração Eletrônica: *José Roberto Vazquez Elmo*

Tiragem: *2.000 exemplares*

Impressão: *Photopress Comércio e Serviços Ltda.*

Periodicidade: *semestral*

DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF

Presidente

Altair Rodrigues de Paula (Londrina)

Vice-Presidente

Silvio do Lago Padilha (Belo Horizonte)

1º Tesoureiro

José Carlos Pinotti Filho (Londrina)

2º Tesoureiro

Patrícia Raquel Caires Jost Guadanhim (Londrina)

1º Secretário

Marisa Alves Dias Menezes (São Paulo)

2º Secretário

Henrique Chagas (Presidente Prudente)

Diretor Regional Norte

Liana Cunha Mousinho Coelho (Belém)

Diretor Regional Nordeste

Maria dos Prazeres de Oliveira (Recife)

Diretor Regional Sudeste

Sonia Lucia dos Santos Lopes (Rio de Janeiro)

Diretor Regional Centro-Oeste

Gustavo Adolfo Maia Junior (Brasília)

Diretor Regional Sul

Mariano Moreira Júnior (Florianópolis)

CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA

Altair Rodrigues de Paula

Patrícia Raquel Caires Jost Guadanhim

Roberto Maia

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Alaim Giovani Fortes Stefanello

Davi Duarte

Fabiano Jantalia Barbosa

João Pedro Silvestrin

CONSELHO DELIBERATIVO

Membros Efetivos

Bruno Vicente Becker Vanuzzi (Porto Alegre)

Darli Bertazzoni Barbosa (Londrina)

Izabella Gomes Machado (Brasília)

Luis Fernando Miguel (Porto Alegre)

Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba)

Membros Suplentes

Alfredo Ambrósio Neto (Goiânia)

Luciano Paiva Nogueira (Belo Horizonte)

Marcelo Dutra Victor (Belo Horizonte)

CONSELHO FISCAL

Membros Efetivos

Julio César Hofman (Maceió)

Paulo Roberto Soares (Brasília)

Rogério Rubim de Miranda Magalhães (Belo Horizonte)

Membros Suplentes

Éber Saraiva de Souza (Cuiabá)

Ivan Sérgio Vaz Porto (Goiânia)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 9

MENSAGEM 11

PARTE 1 – ARTIGOS

Juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário: visão geral e crítica

Maria dos Prazeres de Oliveira 15

Legitimidade ativa nas ações coletivas

Alice Schwambach 45

O novo regime do agravo instituído pela Lei nº 11.187/05

Guilherme Dieckmann 93

Aspectos sociológicos e jurídicos acerca do trabalho do menor

Wilson de Souza Malcher 113

Políticas públicas ambientais: uma reflexão teórico-conceitual para o seu regime jurídico no Brasil

Ruy Telles de Borborema Neto 135

A função social e a propriedade industrial

Ana Carolina Portella 163

Da regularização do condomínio horizontal constituído em fraude à lei de parcelamento do solo e da averbação de construção excedente e diversa do projeto original

Mauro Antônio Rocha 199

Contratos bancários eletrônicos

Julio Cezar Hoffman 217

O direito de preferência no pregão de bens e serviços de informática e automação

Antônio José Camilo do Nascimento 267

Empresas estatais na Constituição da República: delimitação dos alcances da regência de direito privado

Alexandre Wagner Vieira da Rocha 283

PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

Constitucional. Servidor público. Concurso interno. Efeito ex nunc da declaração de inconstitucionalidade. Princípios da boa-fé e da segurança jurídica 325

Supremo Tribunal Federal

Previdência privada. Complementação de aposentadoria. Competência da Justiça Comum. Precedentes do STF. Decisão monocrática 337

Superior Tribunal de Justiça

Instituições financeiras. Responsabilidade por perda dos investimentos. Validade da transação. Inexistência de vício de vontade 339

Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Inscrição em cadastros de inadimplentes. Depósito do valor incontroverso. CDC e abuso de direito. Negativa de utilização do processo para perpetuação de dívidas. Precedentes do STF e STJ 353

APRESENTAÇÃO

No mês em que a Associação Nacional dos Advogados da CEF - ADVOCEF comemora 14 anos de existência e realiza o 12º Congresso Anual, é publicado o terceiro volume da sua Revista de Direito.

Inéditos e muito interessantes são os variados temas que a compõem. A produção intelectual cresceu significativamente, incentivada pela oportunidade que a Revista de Direito da ADVOCEF proporciona. E a simbiose é extremamente salutar, pois a Revista se fortalece pelo trabalho dos associados.

Os artigos que a integram são merecedores de especial reflexão, porquanto têm aplicação no dia-a-dia do profissional militante e dos estudiosos do direito. Elaborada para ser instrumento utilizado nas tarefas enfrentadas perante qualquer órgão do Poder Judiciário, está destinada a ocupar lugar de destaque em bibliotecas de todo o País.

Cumprе, assim, a Revista de Direito da ADVOCEF, a função de interligar os profissionais da advocacia, constituindo-se em um atualizado veículo doutrinário e jurisprudencial.

Diretoria Executiva da Advocef

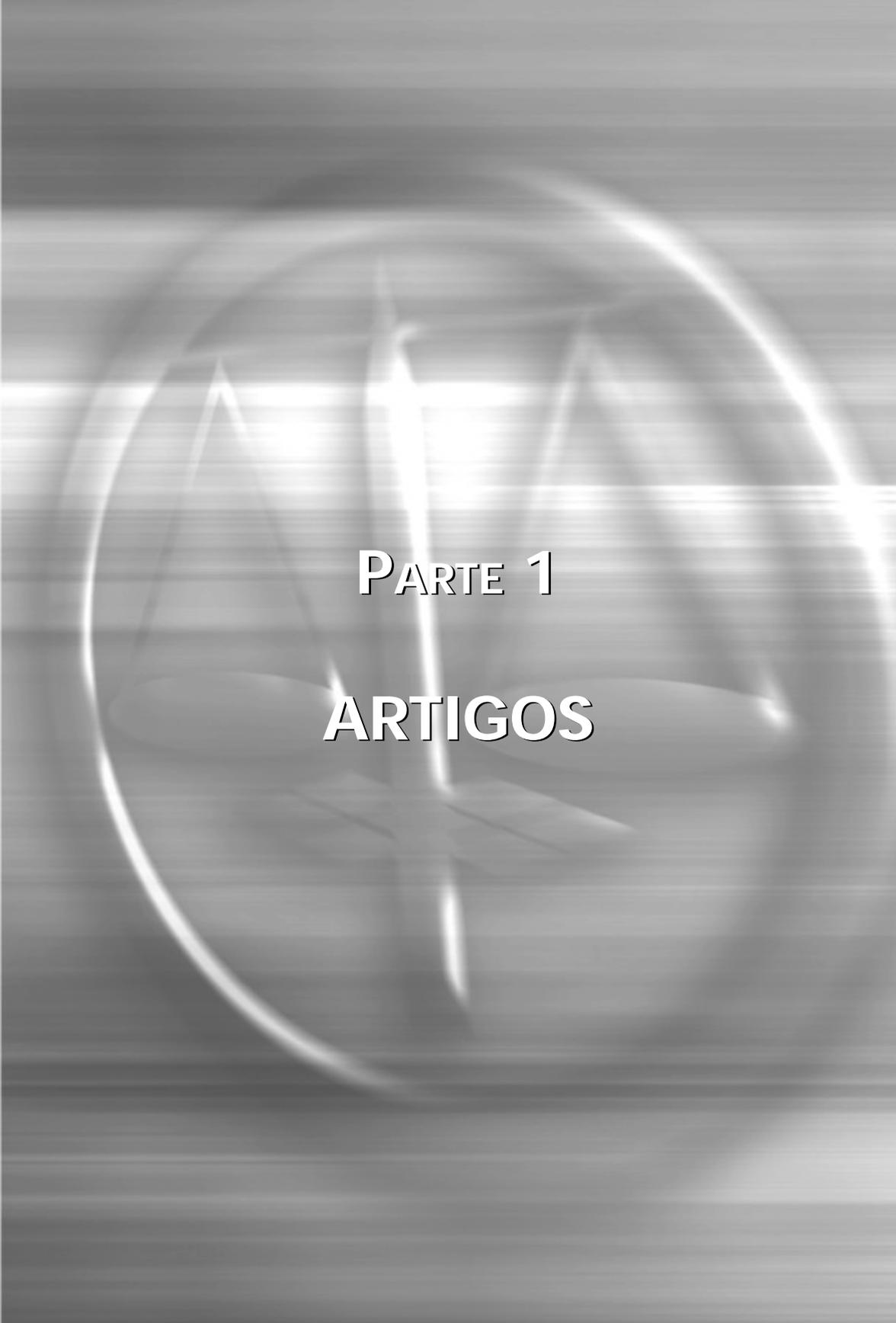
Tempo difícil esse, em que os homens tornam-se mais instruídos e menos humanos. Produzem a guerra com a versatilidade do poeta; organizam-se para o crime tão-somente para enriquecer mais, e mais rapidamente; afrontam a lei, a ética e a moralidade pública, sem ruborizar-se.

Leis novas poderão ser úteis, mas leis as temos em profusão. Bastará cumprir os preceitos éticos e morais nelas contidos, normatizados em poucos artigos, cerca de um ou dois em cada lei, como atestam o artigo 37 da CF/88 e artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002, que a quantidade de processos e litígios cairá vertiginosamente.

Caso essas normas sejam de difícil entendimento, então bastará aplicar os dois artigos da lei proposta pelo maior historiador do país, Capistrano de Abreu: 1o) Todo brasileiro é obrigado a ter vergonha na cara; 2o) Revogam-se as disposições em contrário.

Esse preceito, aplicado com seriedade, mudará a face do País, que clama por educação, honestidade, autoridade para aplicá-las e força para exigir o seu cumprimento. E os operadores do direito, em todas as esferas, têm um papel muito importante: construir a segurança jurídica indispensável à estabilidade da vida de relação.

Davi Duarte



PARTE 1

ARTIGOS

Juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário: visão geral e crítica

Maria dos Prazeres de Oliveira

*Advogada da Caixa em Pernambuco
Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela
Universidade Presbiteriana Mackenzie*

RESUMO: Este trabalho adentra no estudo do juízo da admissibilidade dos recursos, analisando o fato de que ele funciona como uma apreciação preliminar do recurso, pautando-se em questões processuais atinentes à sua interposição, com a finalidade de "filtrar" as "impurezas" que poderiam impedir ou prejudicar o julgamento do mérito. Especifica o que nesse mister, compete ao juízo *a quo* apreciar; analisa a efetividade de sua atuação e mostra que esse julgador extrapola os seus limites e adentra na competência do juízo *ad quem*, mas constata que a prevalente jurisprudência do STJ admite essa interferência, contrariando a maioria dos doutrinadores que vêem nisso uma usurpação do papel do juízo *ad quem*, haja vista que prejulga o próprio conteúdo da decisão recorrida, atribuição exclusiva dos Tribunais Superiores. Por fim, conclui propondo duas sugestões que melhor coadunam com os interesses gerais, sem ferir os princípios constitucionais e muito menos a dignidade humana.

Palavras-chave: Recurso Especial. Recurso Extraordinário. Juízo de admissibilidade. Juízo de Mérito.

1 O juízo de admissibilidade dos recursos

1.1 Introdução

Qualquer recurso interposto pela parte inconformada submete-se necessariamente ao juízo de admissibilidade, primeiramente do juízo *a quo* e em seguida pelo juízo *ad quem*, com exceção dos embargos de declaração e do agravo, nos quais a admissibilidade é feita em um único momento.

Com isso, em regra, o recurso passa pelo crivo do juízo ou tribunal que prolatou a decisão recorrida (juízo *a quo*) que decidirá a respeito da

satisfação dos pressupostos de recorribilidade e, caso ultrapasse essa primeira avaliação, ainda será revisto pelo tribunal de destino (juízo *ad quem*), que vai examinar os fundamentos do recurso, fazendo a sua própria apreciação, sem qualquer vínculo com a decisão anterior, podendo confirmar a admissibilidade do recurso ou recusar o seu recebimento.

A utilidade do juízo de admissibilidade, especialmente nos tempos atuais, quando é grande o movimento no sentido de se evitar os recursos meramente protelatórios, é indiscutível e muito bem fundamentada na doutrina, mas há quem questione o fato de que o juízo de admissibilidade é exercido no juízo que recebe o recurso e também no tribunal de destino.

O Juízo de admissibilidade está para o recurso assim como o despacho saneador está para a ação. Ambos acontecem em momentos bem distintos, mas têm em comum a função essencial de fazer uma varredura geral quanto aos requisitos que permitem a existência da ação ou do recurso, conforme o caso. Entretanto, existem argumentos de que seria desnecessário o juízo de admissibilidade no tribunal da origem. Segundo Lucas Baggio¹, "na verdade, não há justificativa séria para o juízo de admissibilidade no tribunal de origem. Trata-se de obstáculo burocrático, que vai na contramão da efetividade do processo".

1.2 Conceito

O direito de recorrer à atividade jurisdicional está sujeito a certa disciplina legalmente estabelecida. São requisitos necessários, pressupostos de admissibilidade, que precisam ser satisfeitos para o exercício desse direito.

Numa conceituação simplificada, poder-se-ia dizer que o juízo de admissibilidade é uma varredura, como dito alhures, feita no recurso, primeiramente pelo juiz ou tribunal que o recebe e depois pelo relator do tribunal de destino, com o objetivo de identificar nele os requisitos primários para possibilitar o seu conhecimento e conseqüente apreciação do mérito pelo juízo *ad quem*.

Observa-se que o juízo de admissibilidade funciona como uma apreciação preliminar do recurso, com a finalidade de "filtrar" as "impurezas" que poderiam impedir ou prejudicar o julgamento do mérito, a exemplo do que faz o juiz do primeiro grau ao receber a ação e no despacho saneador. São questões processuais atinentes à interposição do recurso que devem pautar o juízo de admissibilidade, enquanto o juízo de mérito tem por objeto o próprio conteúdo da impugnação à decisão recorrida.

Os recursos são sujeitos aos juízos de admissibilidade e de mérito. Como acontece com qualquer espécie de procedimento, também o recursal submete-se a pressupostos específicos, necessários para o exame do mérito do recurso.

Para melhor entender o conceito de admissibilidade há que se estabelecer uma comparação com o juízo de mérito. Na realidade há uma grande diferença entre ambos, mas em alguns recursos, como o especial e o extraordinário, há uma estreita ligação que dividiu a maioria da doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores, conforme adiante se verá.

"O juízo de admissibilidade tem como único objetivo o exame ou análise dos requisitos ou condições necessárias para que a instância superior possa tomar conhecimento do recurso e, em seguida, julgar a questão de mérito do mesmo".²

No exercício do juízo de admissibilidade, o juiz, presidente, vice-presidente ou relator analisa o recurso buscando encontrar nele os requisitos essenciais que possibilitem a apreciação do mérito, tais como: interesse, legitimidade, tempestividade, preparo, cabimento, formalidade. Nos recursos interpostos no primeiro grau, como a apelação, o primeiro juízo de admissibilidade é feito pelo mesmo juiz que julgou a lide; nos recursos interpostos de acórdãos prolatados pelo colegiado dos Tribunais Estaduais e Regionais cabe ao presidente do respectivo Tribunal, que pode delegar ao vice, se previsto no Regimento Interno. O segundo juízo de admissibilidade é sempre exercido pelo relator, seja nos Tribunais Estaduais, Regionais ou Superiores.

Somente após a constatação de que estão presentes os requisitos de admissibilidade do recurso é que o julgador poderá adentrar no juízo de mérito. Como o juízo de admissibilidade é feito duas vezes, constatado admissível o recurso no juízo *a quo*, restará a esse julgador apenas enviá-lo ao tribunal que tem competência para julgá-lo. Mas esse mesmo recurso ainda passará pelo crivo do relator no tribunal *ad quem*. Nessa oportunidade, se mais uma vez forem confirmados os requisitos de admissibilidade, ato contínuo, ele adentrará no mérito do recurso, ou seja, passará a analisar as razões do inconformismo da parte.

*Denomina-se juízo de admissibilidade aquele em que se declara a presença ou ausência dos referidos requisitos; e se chama juízo de mérito aquele em que se apura a existência ou inexistência de fundamento para o que se postula: no caso dos recursos a revisão da decisão impugnada, visando à sua reforma, invalidação, esclarecimento ou integração.*³

Como na ação, o recurso tem condições e requisitos que necessitam ser preenchidos para que o mérito possa ser visitado e a avaliação desses requisitos é que Nelson Nery Júnior⁴ chama de juízo de admissibilidade.

Visando conceituar o juízo de admissibilidade, Nelson Luiz Pinto fez um interessante paralelo com as condições da ação e os pressupostos processuais, mostrando também os diferenciais. No seu entender:

Assim, quando se fala no conhecimento ou não conhecimento do recurso, está-se diante do juízo de admissibilidade, realizado pelo órgão julgador isto é, não se está dizendo que o recorrente tem ou não razão, mas somente que o recurso pode ou não ter o seu mérito conhecido, isto é, ser julgado pelo órgão competente.⁵

Na prática isso quer dizer que o juízo *a quo* ao, receber o recurso, nele encontrando presentes os requisitos de admissibilidade, admite-o e o remete ao juízo *ad quem* que o conhecerá ou não e, em conhecendo, adentrará no mérito para julgá-lo provido ou improvido.

Conceito que também merece destaque sobre o juízo de admissibilidade dos recursos diz que "consiste na verificação pelo juízo competente, dos requisitos de admissibilidade da espécie recursal de que se tenha servido a parte para impugnar a decisão que lhe foi desfavorável".⁶

Observou com muita propriedade o ilustre doutrinador que os requisitos de admissibilidade são considerados de acordo com a espécie de recurso de que se tenha utilizado a parte irressignada, pois além dos requisitos genéricos, que devem ser observados em todos os recursos, cada recurso tem as suas especificidades que devem ser consideradas individualmente pelo julgador, seja na instância *a quo* seja na *ad quem*. Entretanto, o julgador *a quo* precisa ter o devido cuidado para não adentrar no mérito e ferir os limites de sua atuação e o relator na instância superior deve igualmente ter a sutileza de superar o primeiro momento em que lhe cabe apreciar apenas a admissibilidade, sem confundir os papéis de sua atuação e inadvertidamente entrar no mérito, concomitantemente ao exercício primeiro da apreciação da admissibilidade.

Com efeito, a título de exemplo, ao apreciar a admissibilidade do agravo, o relator deverá observar se o agravante atendeu às exigências do artigo 525, incisos I e II, e juntou as peças essenciais à sua propositura; para apreciar a admissibilidade dos embargos de declaração o relator deverá verificar se foi alegado omissão, obscuridade ou contradição, de acordo com o artigo 535, do Código de Processo Civil (CPC).

O juízo de mérito é seqüência do juízo de admissibilidade. Ambos têm sua importância delimitada, mas ao apreciar um recurso o julgador sempre se pronunciará quanto ao juízo de admissibilidade e nem sempre quanto ao de mérito. Em síntese, como diz José Carlos Barbosa Moreira⁷: "O juízo de admissibilidade é, sempre e necessariamente, preliminar ao juízo de mérito".

1.3 Duplo juízo de admissibilidade

Em regra, a admissibilidade dos recursos é apreciada por duas vezes, uma pelo juízo *a quo* e outra pelo juízo *ad quem*. Isso porque,

normalmente os recursos são interpostos no órgão prolator da decisão recorrida, mas são dirigidos ao tribunal imediatamente superior hábil para julgá-los, gerando a bipartição do juízo de admissibilidade, no entender de Nelson Luiz Pinto⁸. Dessa forma, "enquanto o mérito dos recursos é, em regra, objeto de uma única apreciação, o juízo de admissibilidade submete-se, em geral, a duplo controle".

Os recursos extraordinário e especial se subordinam ao duplo juízo de admissibilidade: no tribunal *a quo* e no *ad quem*, este como dito anteriormente, inteiramente desvinculado daquele, porém ambas as decisões devem ser fundamentadas.⁹

Nas duas oportunidades em que o recurso é apreciado, a apreciação da admissibilidade pode resultar em juízo negativo ou juízo positivo, ou seja, se o Vice-Presidente do tribunal que recebeu o recurso confirmar o cabimento, constatar presentes os pressupostos recursais que autorizam a subida do recurso ao tribunal superior para apreciação do mérito, quais sejam tempestividade, preparo, interesse em recorrer, legitimidade, além da regularidade formal, expressará o juízo de admissibilidade positivo e determinará a subida ao tribunal superior para apreciação do mérito. Essa decisão não é passível de recurso, uma vez que o CPC, no artigo 544, somente prevê o cabimento de recurso de agravo para a decisão que inadmite o recurso especial ou extraordinário, isso porque a inadmissibilidade do recurso é matéria de ordem pública e deve ser examinada *ex officio* pelo juiz. Portanto, se o relator do tribunal *ad quem*, a despeito da apreciação já efetuada pelo tribunal *a quo*, encontrar no recurso a ausência de um dos requisitos de admissibilidade, não estará obrigado a conhecê-lo.

Por outro lado, se o juiz *a quo* entender ausentes no recurso os pressupostos de admissibilidade, que o habilitam ao conhecimento do mérito, obstaculizará a sua subida ao tribunal superior expressando o juízo de admissibilidade negativo. A definitividade dessa decisão encontra óbice no agravo permitido pelo CPC, no artigo 544, que forçará a apreciação pelo juízo *ad quem*.

Na prática, isso mostra que o juízo de admissibilidade efetuado pelo tribunal local é provisório e confirma que o tribunal superior é o órgão competente para se posicionar em definitivo sobre o juízo de admissibilidade.

Questiona-se se realmente seria necessária a apreciação do juízo de admissibilidade pelo juiz *a quo*, já que a essa decisão não se submete o juízo *ad quem*. A efetividade dessa dupla apreciação do juízo de admissibilidade será mais bem abordada mais adiante.

É de se observar que, embora a apreciação da admissibilidade do recurso em ambas as instâncias seja feita do mesmo jeito, a forma do julgador expressar o resultado é diferente, haja vista que o órgão de interposição diz que admite ou inadmite, recebe ou não recebe o recurso, e o órgão ao qual se destina o recurso conhece ou não o conhece e,

em o conhecendo, adentra no mérito apreciando-o. Em síntese, o recurso só será provido ou não se for conhecido. E só será conhecido se for recebido, tanto pelo juízo *a quo* quanto pelo juízo *ad quem*.

Diz-se que os recursos, em regra, sofrem duplo juízo de admissibilidade, porque nos recursos de apelação, embargos infringentes, recurso ordinário, especial e extraordinário a competência para a admissibilidade é, no mínimo, bifásica, como bem disse Nelson Luiz Pinto¹⁰, "enquanto que no agravo de instrumento o juízo de admissibilidade é feito pelo juízo *ad quem* e nos embargos de declaração é exercido pelo próprio julgador".

2 O que compete ao juízo *a quo* analisar na apreciação da admissibilidade dos recursos especial e extraordinário

2.1 Cabimento

O cabimento do recurso é o primeiro requisito que deve ser apreciado pelo juiz que o recebe. Para analisar os demais pressupostos, é necessário primeiramente verificar se tem cabimento a sua interposição.

Para isso, ao examinar o cabimento do recurso, o julgador deverá observar se a decisão judicial é recorrível, se o recurso existe no ordenamento jurídico e se é adequado à decisão recorrida.

Com efeito, a decisão recorrida pode não comportar recurso, a exemplo da que admite o recurso especial ou extraordinário. O recurso interposto pode nunca ter existido ou não mais existir no nosso ordenamento jurídico, ou existir, mas não ser apropriado para se recorrer daquela decisão ou acórdão, como, por exemplo, se a parte interpuser recurso extraordinário quando caberia o recurso especial, ou vice e versa.

Neste momento, três princípios são imprescindíveis de serem observados pelo juiz *a quo*, são os princípios da taxatividade, da unicidade e o da fungibilidade recursal.

2.2 Legitimidade para recorrer

Assim como a legitimidade de agir é condição para regular exercício do direito de ação, a legitimação ao recurso é condição de admissibilidade deste. A legitimidade para recorrer "é condição essencial para a interposição do recurso, sob pena de carência"

É a *legitimatío ad causam*, pressuposto intrínseco de admissibilidade, previsto no artigo 499, do CPC.

A admissibilidade do recurso está subordinada ao atendimento de determinados pressupostos processuais, o pressuposto subjetivo do recurso é que ele deve ser interposto por quem esteja legitimado.

As pessoas legitimadas para recorrer são as partes do processo, terceiros prejudicados pela decisão e Ministério Público.

2.3 Interesse em recorrer

O interesse da parte deve estar presente desde a propositura da ação e continua no momento da interposição do recurso.

Alguns autores como Vicente Grego Filho¹¹, entendem que o interesse em recorrer se identifica com a sucumbência, que é a situação de prejuízo causado pela decisão. Há nisso, um paralelo entre necessidade-utilidade: a necessidade que a parte tem de ver a decisão prejudicial ao seu interesse reformada e a utilidade que essa nova decisão venha lhe trazer. Contudo, apenas a sucumbência não enseja interesse em recorrer, principalmente em relação a recurso especial e extraordinário, em face da necessidade de certos requisitos.

2.4 Tempestividade

Por esse requisito cabe analisar se o recurso foi interposto dentro do prazo fixado em lei. Para que o processo não perdure indefinidamente, são previstos prazos para a prática dos atos processuais. Assim os recursos devem ser interpostos respeitando seus prazos legais: nesse caso diz-se que o recurso é tempestivo. Caso haja violação ao prazo do recurso, ele será intempestivo, cabendo a autoridade que o recebe negar-lhe seguimento. "Diz-se tempestivo o recurso quando oferecido dentro do prazo estabelecido em lei, sendo o prazo processual uma distância temporal entre os atos do processo, cujos marcos são o início do prazo (*dies a quo*) e seu término (*dies ad quem*)".¹²

O termo inicial da contagem do prazo recursal é a intimação da decisão contra a qual se pretende recorrer, conforme dispõe o artigo 506 do CPC. Os recursos especial e extraordinário têm prazo comum, inserido na regra geral do artigo 508 do CPC.

Diante de uma decisão da qual é cabível recurso especial e extraordinário, por exemplo, se o acórdão tiver contrariado lei federal e dispositivo da Constituição, incidirá ao mesmo tempo o prazo de 15 dias para interposição de ambos os recursos. "Isto, entretanto, não significa, necessariamente, uma exceção ao princípio da unicorribilidade ou da unicidade".¹³ Isso porque os recursos atacam pontos diferentes de uma mesma decisão.

2.5 Preparo

Para interpor o recurso, o recorrente deve atender ao pagamento prévio das despesas relativas ao seu processamento. Na hipótese de não atendimento ao pagamento do preparo segue-se a deserção que é

"... caso de extinção das vias recursais que impede o conhecimento do recurso em virtude da ocorrência de determinado ato, negativo ou positivo, da parte".¹⁴

É a sanção pela falta de preparo no prazo legal. O momento para efetuação do preparo coincide com a interposição do recurso, como dispõe o artigo 511 do CPC.

O recurso especial não possui preparo. É isento do seu recolhimento. É devido, contudo, o pagamento do porte de remessa e retorno. Os valores do porte de remessa e retorno são estabelecidos por norma interna do STJ. Para o recurso extraordinário pagam-se as custas e o porte de remessa e retorno. Portanto, poderão ser considerados desertos se, no tribunal de origem ou *ad quem*, for constatado a falta de pagamento do porte de remessa e de retorno, conforme dispõe a Súmula nº 187 do STJ.

Caso, o recurso seja considerado deserto, se o recorrente provar o justo impedimento, o juiz atribuirá prazo para o pagamento do preparo. É o que dispõe o artigo 519 do CPC, que, a par de inserido no capítulo que trata da apelação, estende a regra nele contida para todos os demais recursos.

O parágrafo único do artigo 519 menciona que será irrecorrível a decisão que releva a pena de deserção. Isto se dá porque é decisão positiva quanto ao juízo de admissibilidade e será novamente analisado pelo juízo *ad quem*. Entretanto, se a decisão indeferir o pedido de absolvição da pena de deserção, cabe recurso, pois nesse caso se trata de decisão negativa de admissibilidade, a exemplo da decisão que inadmite o recurso especial e extraordinário.

2.6 Regularidade formal

Como qualquer outro ato processual, os recursos devem observar a forma legal. O artigo 541 do CPC disciplina sobre a regularidade formal do recurso especial e extraordinário.

Do texto legal se constata que, obrigatoriamente, os recursos especial e extraordinário devem ser escritos em petições distintas, contendo a exposição do fato e do direito, a demonstração do cabimento do recurso e as razões de mérito.

Importa em irregularidade formal sanável o recurso sem assinatura do advogado, conforme recente decisão (AI 519125 Agr/SE, rel. Min. Joaquim Barbosa, 12/04/2005) prolatada pelo Supremo Tribunal Federal a respeito de falta de assinatura de advogado na petição de recurso extraordinário, na qual a Segunda Turma, por maioria, entendeu que a jurisprudência dominante deveria ser superada, haja vista se tratar de mero erro material corrigido pela imediata intervenção do advogado suprimindo a irregularidade formal.

Por sua vez, Cernelutti¹⁵ ensina que é característica formal do pedido de recurso a motivação adequada, "que compreende não só as ra-

zões que fundamentam o pedido de determinada resolução jurisdicional, como ainda aquelas que apontam os motivos pelos quais a nova decisão deve ser diversa da decisão recorrida". O recorrente precisa motivar o pedido além de determinar todos os seus elementos, os fatos justificadores do recurso. O recurso interposto sem motivação é pedido inepto.

Por outro lado, a súmula 284 do STF diz que: "É inadmissível o recurso extraordinário quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia". Se o recurso apresentar fundamentação insuficiente é motivo de indeferimento por irregularidade formal. O conteúdo dessa súmula cabe também para o recurso especial.

2.7 Prequestionamento

Um outro requisito de extrema importância exigido tanto para o recurso especial quanto ao extraordinário é o prequestionamento. A doutrina e a jurisprudência firmaram entendimento de que o prequestionamento é um requisito de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário.

Pquestionamento significa questionar antes, controverter previamente o tema. É requisito indispensável à admissão de ambos os recursos. Questão que não tiver sido prequestionada não deverá ser apreciada pelo STJ ou pelo STF.

A jurisprudência pacífica do STJ considera prequestionadas apenas as questões apreciadas pela decisão recorrida, independentemente da parte tê-las suscitado na apelação. O prequestionamento, assim sendo, é decorrente do ato do órgão julgador de apreciar a legislação federal ou a norma constitucional aplicável ao caso sob exame. Questão suscitada e não apreciada, não é matéria prequestionada.

Contudo, interessante registrar que se a questão tiver surgido apenas no acórdão recorrido, poderá ela ser apreciada nas instâncias extraordinárias, em sede de julgamento de recurso especial ou extraordinário, se for uma questão de lei federal ou constitucional.

O prequestionamento pode ser explícito ou implícito. Considera-se prequestionamento explícito, quando as questões do recurso excepcional foram debatidas e sobre elas o tribunal tenha emitido juízo expresso. Quanto ao prequestionamento implícito, é aquele em que a questão encontra-se implicitamente apreciada, seja por conta de uma abordagem prévia sem que o tribunal tenha se pronunciado, ou porque foi englobado em outro tema abordado e julgado.

Em regra, o prequestionamento deve ser explícito, admitindo-se, excepcionalmente, quando efetivamente discutida a questão federal no tribunal "a quo", o implícito, apenas se o recurso se funda na alínea "a" do artigo 105, III, da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal não vem admitindo o prequestionamento implícito, mesmo quando se aborda questões que a própria lei

admite que devam ser conhecidas de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição.

2.8 Inexistência de fato extintivo ou impeditivo do poder de recorrer

São fatos que impedem ou extinguem o poder de recorrer, acarretando a não ultrapassagem do juízo de admissibilidade.

O recurso interposto pela parte pode não ser conhecido pelo juízo de admissibilidade se estiverem presente alguns fatos que ensejam a extinção ou impedem o poder de recorrer, tais como a renúncia, a aquiescência à decisão, desistência do recurso ou da ação, o reconhecimento jurídico do pedido, a renúncia ao direito sobre que se funda a ação.

O CPC, artigos 501 a 503 dispõe hipóteses exemplificativas de fatos extintivos e impeditivos do poder de recorrer.

3 Atuação do juízo *a quo* nos recursos especial e extraordinário

3.1 Na apreciação da admissibilidade dos requisitos específicos

O juízo de admissibilidade do recurso, pelo juízo *a quo*, dá-se verificando se estão ou não presentes um ou mais de seus requisitos de admissibilidade. Esses requisitos são intrínsecos ou extrínsecos. Os requisitos intrínsecos são divididos em cabimento, interesse recursal, legitimidade recursal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer. Os requisitos extrínsecos costumam ser apresentados como regularidade formal, tempestividade e preparo. Tais requisitos são genéricos, embora um ou outro possa ser dispensado diante de algum recurso específico.

Em respeito aos recursos extraordinário e especial, não basta a implementação dos requisitos genéricos de admissibilidade, pois esses recursos exigem observância, para a sua admissão, do preenchimento também de requisitos específicos, estabelecidos no texto da Constituição Federal, nos artigos 102, III (Recurso Extraordinário) e 105, III (Recurso Especial). Por estarem esses recursos subordinados a requisitos genéricos e específicos de admissibilidade são chamados de recursos de fundamentação vinculada.

A Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2005 acrescentou o § 3º ao artigo 102 da Constituição Federal, inovando com o instituto da arguição de relevância e a repercussão geral para a inadmissão do recurso extraordinário. Entretanto, o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário continuará obedecendo aos critérios adotados pelo Supremo Tribunal Federal, na sua vasta jurisprudência consolidada, em parte subs-

tancial, em enunciados da sua súmula. Como o texto constitucional prevê que a recusa, pela falta de repercussão geral, somente poderá ser tomada por dois terços dos membros do tribunal, a apreciação da repercussão geral deve ser feita por órgão colegiado, o que já é suficiente para impedir o exame desse tema pelo presidente do tribunal *a quo*. Contudo, tal assunto enseja diversas interpretações, mas a que é admitida neste trabalho é de que a norma constitucional atribui ao Plenário do STF a competência para examinar a repercussão geral da matéria constitucional ventilada no recurso extraordinário.

Quanto ao recurso especial, que tem seus requisitos específicos no artigo 105, III da Constituição Federal, tomando a alínea 'a' para análise, o recurso especial é cabível quando a decisão recorrida "contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência" (artigo 105, III, a, CF). A redação dessa norma traz grande complicação para a caracterização dos juízos de admissibilidade e de mérito.

O recurso especial não pode ser admitido quando, por exemplo, busca-se a interpretação de cláusula contratual (Súmula nº 5, STJ) ou o reexame de prova (Súmula nº 7, STJ), ou quando é impugnada questão não apreciada pelo tribunal de origem (Súmula nº 211, STJ), ausência de prequestionamento.

Como já foi ressaltado, os juízos de admissibilidade e de mérito são juízos distintos, no sentido de que somente é possível analisar o mérito após se admitir o recurso.

A análise da existência de contrariedade à lei federal inevitavelmente leva a emitir um juízo de mérito, seja positivo, reconhecendo a contrariedade, ou negativo, reconhecendo a não contrariedade, e essa atividade é inerente aos tribunais superiores.

Assim sendo, o requisito de admissibilidade pelo juízo *a quo* apenas pode ser a afirmação, em abstrato, da contrariedade, e não a análise da afirmação em face da decisão recorrida.

O importante é registrar que o juízo a respeito da existência de contrariedade não pode ser juízo de admissibilidade, pois é análise de mérito, análise da razão do recorrente, como destaca o professor José Carlos Barbosa Moreira:

Para que o recorrente tenha razão, e, por conseguinte o recurso mereça provimento (juízo de mérito), já se assinalou, é preciso que exista realmente a contrariedade; para que o órgão ad quem possa legitimamente averiguar essa existência, e, portanto o recurso mereça conhecimento (juízo de admissibilidade), é suficiente que a contrariedade seja alegada. Todo recurso especial em que o recorrente alegue que o acórdão contrariou tratado ou lei federal é, por esse aspecto, admissível; e, se

*não lhe faltar outro requisito de admissibilidade, deve dele conhecer o Superior Tribunal de Justiça, para, em seguida, examinar-lhe o mérito, provendo-o ou desprovendo-o conforme entenda, respectivamente, que o acórdão recorrido na verdade contrariou ou não o tratado ou a lei federal.*¹⁶

Salienta-se, por oportuno, que não basta ao recorrente afirmar que a decisão recorrida contraria tratado ou lei federal para ter o recurso especial admitido. Embora alegue contrariedade à lei federal, o recurso especial pode não ser admitido por haver questão não prequestionada, por exemplo.

Como já foi visto no subitem 2.6 alhures, o prequestionamento é requisito de admissibilidade recursal de extrema importância, cuja observância deve ser feita pelo juízo *a quo*.

Contudo, no afã de atender aos anseios hodiernos dos tribunais e motivados pela crescente campanha que visa à celeridade processual, alguns julgadores têm se arvorado em julgamentos extremados, evasivos, extravagantes e indubitavelmente injustos, que em nada contribuem para a celeridade do processo, a exemplo do caso que adiante se demonstrará, seqüencialmente.

Trata o caso em comento de acórdão publicado em 07/04/2000, do qual a autora interpôs embargos de declaração em 14/04/2000, que não foram conhecidos¹⁷ e de cujo acórdão publicado em 14/08/2000 a recorrente interpôs recurso especial e extraordinário em 24/08/2000. Contudo, conforme decisão adiante transcrita, publicada no DJU de 20/07/2001 o juízo *a quo* inadmitiu o recurso extraordinário por intempestividade, sob o argumento teratológico de que os embargos de declaração não conhecidos não interrompem o prazo para interposição dos recursos especial e extraordinário:

Tribunal Regional da 5ª Região - Presidência

Publicado no DJU de 20/07/2001

Recurso Extraordinário na AC 190764-CE

DECISÃO:

Agita-se recurso extraordinário com fundamento no artigo 102, III, "a" da Constituição Federal, ante acórdão desta Corte que não conheceu dos Embargos de Declaração. Irresignada com o posicionamento adotado pela Turma deste Egrégio, a recorrente alega que o acórdão vergastado contraria diversos dispositivos constitucionais.

Passo à admissibilidade.

O Pleno deste Regional, por sua maioria, em julgamento realizado no dia 28/06/1999, nos autos

da EAC nº 130238/AL (99.05.08878-4), firmou entendimento no sentido de que os Embargos de Declaração, quando NÃO CONHECIDOS, NÃO OBSTAM A FRUIÇÃO DO PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DOS Embargos Infringentes do acórdão, tendo-os por intempestivos.

Destarte, e corroborando o entendimento majoritário deste Sodalício, entendo que o presente recurso foi interposto intempestivamente, razão pela qual deixo de apreciar a sua admissibilidade.

Isto posto, inadmito o recurso.

Publique-se. Intime-se.

Recife, 17 de maio de 2001.

Desembargador Federal Geraldo Apoliano - Presidente do TRF 5ª Região

Dessa decisão a recorrente interpôs o agravo de instrumento ao Supremo Tribunal Federal, que resultou provido, conforme decisão adiante transcrita, publicada no DJU de 29/03/2005, na qual aquele tribunal, depois de quase quatro anos, como não poderia deixar de ser, manifestou-se a respeito, obviamente confirmando o previsto no artigo 538, do CPC, e determinou o regular processamento do recurso extraordinário. Confira-se:

Supremo Tribunal Federal

Agravo de Instrumento 531.067-8 CE

Recurso Extraordinário na AC 190764-CE

Publicado no DJU de 29/03/2005

Relator: Min. Carlos Velloso

Decisão:

Vistos.

Autos conclusos em 10/02/2005.

Trata-se de agravo de instrumento interposto da decisão que inadmitiu o recurso extraordinário ao argumento de que fora interposto intempestivamente, eis que os embargos de declaração, quando não conhecidos, não obstam a fruição do prazo para interposição do recurso.

Sustenta a agravante que, em assim decidindo, o Tribunal a quo ofendeu o artigo 538 do Código de Processo Civil.

Assiste razão à agravante. É que a interposição de embargos de declaração interrompe o prazo para a interposição de outros recursos.

Ante o exposto, dada a tempestividade do RE, determino o retorno dos autos ao Tribunal Federal

da 5ª Região para que seja realizado o juízo de admissibilidade.

Publique-se.

Brasília, 04 de março de 2005.

Ministro CARLOS VELLOSO

Relator

Depois de quase seis anos de sua interposição, o recurso voltou ao ponto de partida e em despacho publicado no DJU de 24/02/2006, novamente o juízo *a quo* se pronunciou inadmitindo-o, conforme adiante:

Publicado no DJU de 24/02/2006

Tribunal Regional Federal da 5ª Região / PRESIDÊNCIA / EXPEDIENTE

AC - 190764/CE - 9.05.54898 0

RELATOR: Desembargador Federal Ridalvo Costa

ORIGEM: 3ª Vara Federal do Ceará

DECISÃO

(...)

Atendidos os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade do recurso, passo ao exame dos pressupostos constitucionais.

(...)

Demais disso, em julgamento de Recurso Especial, parcialmente provido, o STJ procedeu à devida adequação aos índices a incidir sobre as contas vinculadas à hipótese, conforme se colhe da certidão de fls. 124, do agravo dirigido ao eg. STF.

O recurso que ora se maneja ataca assuntos constitucionais que em nada restaram ofendidos.

A matéria, portanto, já resolvida na instância superior, não reclama pronunciamento do Colendo Supremo Tribunal Federal, pois em consonância com a exata aplicação e interpretação da Constituição Federal.

Em face do exposto, portanto, INADMITO o Recurso Extraordinário.

Expedientes necessários.

Cientifique-se.

Recife, 06 de fevereiro de 2006.

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

Desembargador Federal

Vice-Presidente.

Observe-se quanto tempo foi perdido com isso e quanto tempo ainda se perderá até que o STF novamente se pronuncie acerca do agrava-

vo que a parte certamente interporá. Igual destino teve o recurso especial interposto pela parte no mesmo processo e, exatamente iguais a esse, muitos outros casos tiveram resultados semelhantes, a exemplo do processo AC - 191149/CE (99.05.55408 4), cuja decisão foi publicada no DJU de 17/02/2006 e, ao que parece pela análise da decisão supra, novamente o juízo *a quo* está incorrendo em excesso de zelo e se esgueirando pela seara de atuação dos tribunais superiores, como também se observa na decisão adiante transcrita, onde o juízo *a quo*, visivelmente prejudga adentrando minuciosamente no mérito:

DJU de 10/03/2006

Tribunal Regional Federal da 5ª Região / PRESIDÊNCIA / EXPEDIENTE

AC - 209686/SE -2000.05.00.013250 2

RELATOR: Desembargador Federal Geraldo Apoliano

DECISÃO

Vistos etc.

Cuida-se de recurso especial interposto (...) contra acórdão deste Tribunal, que deu provimento ao apelo (...), assim ementado:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PLANILHAS DE CÁLCULOS. NÃO APRESENTADAS. FALTA DE INTIMA-ÇÃO PESSOAL. ART. 267, §1º, DO CPC.

1. Ausência de planilhas que demonstrassem efetivamente onde residiria o excesso de execução. Documentos que seriam indispensáveis à propositura dos Embargos à Execução.

2. Intimação pessoal não realizada, nos moldes determinado no Artigo 267, §1º, do Código de Processo Civil. Apelação provida". Aduz a recorrente, em primeiro lugar, que o Tribunal não poderia ter conhecido da matéria ex officio; segundo, que não seria aplicável, in casu, o §1º do Art. 267, mas, sim, os Arts. 283 e 284, todos do CPC. Fala-se de precedentes jurisprudenciais em sentido diverso do julgado. O recurso não merece ser admitido.

O acórdão ora vergastado, ao anular a sentença, determinando a intimação pessoal do executado, na forma estabelecida no §1º, do Art. 267, do CPC, oportunizando a realização das diligências determinadas no prazo de 48 horas, não violou qualquer dispositivo de Lei Federal, porquanto é certo que a desídia da parte deve ser, antes de qualquer

outra coisa, isto mesmo: da parte, e não de seu advogado. É por esta razão que a intimação se justifica.

Demais disso, a pretensão da ora recorrente (de aplicar o Art. 284 do CPC) findaria por conceder prazo de 10 dias para o saneamento do vício, ou seja, favoreceria o próprio recorrido, o que, data venia, conflita com o seu interesse recursal, já justificando a não admissão do recurso.

Sobre o cogitado dissenso jurisprudencial, é certo que os precedentes trazidos, em forma que briga com os preceitos legais de regência, versam ainda hipótese algo distintas do caso dos autos. Ante o exposto, com fulcro no Art. 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, INADMITO O PRESENTE RECURSO ES-PECIAL. Expedientes necessários.

Recife, 02 de fevereiro de 2006.

PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

Desembargador Federal

Vice-Presidente.

Por outro lado, o juízo *a quo* age de forma coerente com as suas atribuições, o que se revela de fundamental importância para a celeridade do andamento do processo, quando permanece nos seus limites de atuação e de forma objetiva e fundamentada se pronuncia apenas quanto aos requisitos intrínsecos e extrínsecos necessários à admissibilidade do recurso, a exemplo das decisões adiante colacionadas:

DJU de 01/10/2003

Tribunal Regional Federal da 5ª Região / PRESIDÊNCIA / EXPEDIENTE DIV/2003.0 0003

AC - 201547/CE - 2000.05.00.001431 1

RELATOR: Desembargador Federal Lázaro Guimarães

ORIGEM: 1ª Vara Federal do Ceará

Decisão

Vistos etc.

1. Trata-se de recursos extraordinário e especial, em consonância com o que prescrevem, respectivamente, os artigos, 102, III, e 105, III, da Constituição da República (...).

2. Inicialmente, afirmo a regularidade formal dos recursos excepcionais interpostos, constatando, ademais, a inexistência de fato impeditivo ou

extintivo do poder de recorrer, bem como o adimplemento dos respectivos portes de remessa e retorno dos autos. Adstrito ao enunciado normativo contido no artigo 508 do CPC, tenho-os como tempestivos, a teor do que expressa a certidão de fl. 218 dos autos. Presente, outrossim, o pressuposto do cabimento por recorrível a decisão atacada e adequados em face do tipo de decisão que se pretende impugnar.

As partes são legítimas e o interesse recursal restou evidenciado, mormente o gravame explicitado pelo desequilíbrio entre a pretensão do recorrente e o resultado alcançado no acórdão objeto de irrisignação, o que autoriza vislumbrar a necessidade das vias manejadas, ao se cotejar, em necessário aditamento, a imperatividade da fixação da interpretação constitucional e da legislação federal ou a preservação da força cogente que lhes corresponde.

3. A matéria versada na peça recursal em análise foi objeto de apreciação na decisão atacada e a argumentação aduzida pela recorrente oportuniza o perfeito entendimento da controvérsia, fazendo-se acompanhar de prova da divergência jurisprudencial indicada, com a pertinente realização do confronto analítico exigido pela lei processual. Afirimo, outrossim, ter restado identificada pelo menos no plano hipotético, a ocorrência de contrariedade à Constituição, com a pertinente realização do confronto analítico entre a interpretação albergada no acórdão recorrido e a gizada pelo Supremo Tribunal Federal.

4. Com fundamento nas considerações aludidas, admito os Recursos Especial e Extraordinário. Publique-se. Intimem-se.

Recife, 24 de setembro de 2003.

Margarida Cantarelli,

Presidente do TRF da 5ª Região.

3.2 Da efetividade

Os recursos especial e extraordinário são sujeitos a um juízo provisorio de admissibilidade, realizado pelo presidente ou pelo vice-presidente do tribunal de origem, como já visto. Esse juízo de admissibilidade deveria se limitar a apreciar os chamados requisitos genéricos de

admissibilidade e apenas observar a existência dos requisitos específicos constitucionais de admissibilidade, consoante demonstrado alhures.

Em princípio questiona-se a necessidade da admissibilidade do recurso ser efetuada por duas vezes, especialmente quando a tônica do momento é buscar a celeridade no andamento do processo.

Em artigo publicado na internet, o Professor e Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Antonio de Souza Prudente, manifestou-se contrário ao duplo juízo de admissibilidade dos recursos, por entender que a apreciação da admissibilidade do recurso pelo juiz *a quo* onera os cofres público, fere o princípio da economia processual, a celeridade e efetividade da justiça, confira-se:

Os recursos extraordinário e especial, nas hipóteses constitucionalmente previstas (CF, arts. 102, III, alíneas a, b e c, e 105, III, alíneas a, b e c), deveriam, de igual forma, ser ajuizados, diretamente, perante os tribunais superiores competentes (STF e STJ), para, ali, serem admitidos ou não pelo relator sorteado, eliminando-se, de vez, o juízo de admissibilidade no tribunal recorrido, a não mais gerar o acervo de agravos de instrumento perante o tribunal ad quem, na hipótese de inadmissibilidade desses recursos pelo tribunal a quo ou pelo juízo de origem.

Ademais, essa medida de enxugamento procedimental dos recursos referidos não só resultaria em visível economia processual, como, também, em sensível economia para os cofres públicos, mediante a desativação das obesas estruturas de apoio às presidências e vice-presidências dos tribunais recorridos, para o serviço de assessoria nas decisões de admissibilidade e de inadmissibilidade dos aludidos recursos extraordinário e especial, totalmente dispensável, na instrumentalidade do processo justo, posto que, se admitidos esses recursos pelos tribunais a quo, seguirão os autos para o tribunal ad quem e, quando não são admitidos, dessa decisão de efeitos negativos gesta-se a formação de agravo de instrumento para ser apreciado pelo mesmo tribunal superior, competente para processar e julgar o recurso inadmitido pelo tribunal de origem.

Tudo isso pode e deve ser evitado, a não mais se alimentar às custas do erário público e da paciência popular: o desperdício de tempo, dinheiro e,

sobretudo, de valores sociais da Justiça, a clamar por celeridade, nos tribunais do país, em busca de um Estado democrático de Direito, pronto à construção de uma sociedade sempre solidária, justa e livre, na República Federativa do Brasil (CF, arts. 1º e 3º, I).

Registre-se, por último, que, na hipótese de ajuizamento concomitante dos recursos extraordinário e especial contra o mesmo acórdão do tribunal a quo, tais recursos deveriam ser formados por instrumento, com as peças necessárias, para serem apreciados e julgados, cada qual, direta e autonomamente, pelo tribunal superior competente, eliminando-se, assim, o procedimento moroso e desgastante dos arts. 543 e respectivos §§ 1º, 2º e 3º, do CPC, com a redação determinada pela Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1994.

A melhor solução, sem dúvida, para as hipóteses em exame, seria a eliminação total do duplo juízo de admissibilidade dos recursos, no raio de abrangência de instâncias judiciais distintas, buscando-se os caminhos procedimentais de um processo justo, nos lindes da razoabilidade e da economia processual, para a distribuição de uma Justiça célere, adequada e efetiva, como bem a merecem os cidadãos deste novo milênio.¹⁸

Argumentos contrários sustentam que é por questão de economia processual que, ao ser interposto um recurso, a verificação de que ele deve ser realmente processado e julgado, fica sob a responsabilidade do órgão jurisdicional *a quo*. Nessa apreciação, esse julgador exerce um importante papel que é a realização do juízo de admissibilidade, onde observará se estão presentes os pressupostos subjetivos e objetivos inerentes aos recursos em geral.

Em artigo publicado na Revista Consulex, o Ministro Paulo Costa Leite, fala sobre os mecanismos de contenção de recursos especiais, definindo-os como uma espécie de "filtro" a impedir o julgamento de recursos envolvendo assuntos característicos de instâncias inferiores:

Essa questão é da maior importância e não pode ficar jogada à reserva de mercado. Muito pior para todos, principalmente à sociedade, seria a inviabilização do STJ. Um mecanismo de seleção das causas para o STJ levará à valorização das instâncias ordinárias e à rapidez na solução dos pro-

*cessos, o que é bom para os advogados e nossa população.*¹⁹

A despeito desse entendimento, muitos mecanismos de contenção de recursos já existem no ordenamento jurídico pátrio, o que não foi suficiente para impedir que os tribunais continuem abarrotados de processos. Afinal, é inegável a vergonhosa quantidade de recursos meramente protelatórios, abusivos, injustificáveis e até incorretos, mas também não se pode olvidar que a lentidão da justiça e a atuação inadequada de alguns julgadores também contribuem para isso. Acerca desse assunto a mestra e doutoranda em direito pela PUC-SP, professora e advogada Milena de Oliveira Guimarães, se pronuncia com muita propriedade em artigo intitulado O abuso do direito de recorrer como ato atentatório à dignidade da justiça:²⁰

É sobre o princípio do devido processo legal que repousam os principais institutos do direito processual. E um dos princípios derivados do devido processo legal é exatamente o princípio da lealdade processual. Esse princípio impõe o dever de ética às partes, aos juízes, aos serventuários e a quem mais participar direta ou indiretamente do processo. Visa salvaguardar, antes de tudo, a dignidade da justiça. Como diz Taruffo, o abuso do processo, em qualquer medida, é concebido como uma categoria de atos e comportamentos que se põem em conflito com a eficiência da administração da justiça.

A ilustrada mestra fala, ainda, no artigo citado, a respeito dos danos causados pela demora excessiva no trâmite do processo e no abuso do direito de demandar e de recorrer, ressaltando que para esse abuso especificamente existem as sanções previstas nos artigos 18, 538, parágrafo único, ou 557, § 2º, do CPC, aplicáveis ex officio pelo julgador, concluindo que "a aplicação de multa à parte que abusa do direito de recorrer ainda é a mais eficaz em sua função coibitiva e compromete menos o devido processo legal".²¹

O entendimento acima colacionado reforça a importância da atuação do juízo *a quo* no exercício do juízo provisório de admissibilidade porque ele, como dito, funciona como um "filtro" de grande parte dessas impurezas que dificultam a eficácia da justiça, mas não prejudica a exigência de que a decisão que admite ou inadmite o recurso especial seja precisamente fundamentada, embora a decisão de admissibilidade proferida pelo tribunal *a quo* não vincule o juízo do tribunal *ad quem*. Observa-se o entendimento abaixo:

[...] o juízo de admissibilidade nos recursos de fundamentação vinculada é ligadíssimo ao juízo de mérito. Saber-se se o recurso é cabível, no fundo, é saber-se se é viável, consistindo no que se poderia chamar, por assim dizer, de mérito superficial (e obviamente, passível de ser revisto, normalmente, por diferentes órgãos).²²

Ainda que a decisão de admissibilidade proferida pelo tribunal *a quo* não vincule o juízo do tribunal *ad quem*, a decisão que vier a admitir um recurso de fundamentação vinculada reflete sobre o recorrente, na medida em que cria nele uma expectativa de julgamento do mérito.

Nas palavras de Arnaldo Esteves Lima, atualmente Ministro no STJ e então Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

Embora tal decisão seja, essencialmente, provisória, pois sujeita ao reexame da instância final, há, sem dúvida, juízo valorativo, relativamente discricionário, do seu autor, ao emití-la, examinando-se os vários aspectos enfocados, que podem ser de natureza constitucional, legal, regimental ou jurisprudencial, bem como, de fato, probatório. O fim básico da referida exigência, para nós, consiste na filtragem que a lei deseja se faça, no encaminhamento, ou não, de tais recursos, tendo em vista a impossibilidade dos Tribunais destinatários (STF e STJ) julgarem todos, considerando o seu grande número, aliado à circunstância de já estar a decisão recorrida, na maioria dos casos, em princípio, harmônica com a ordem jurídica lato sensu.²³

O recurso especial admitido no juízo *a quo* e inadmitido no Superior Tribunal de Justiça, declara a inadmissibilidade do recurso, mas não pode negar que a sua admissão pela decisão proferida na origem, apesar de provisória, produziu o efeito de obstaculizar o trânsito em julgado.

Se o recurso especial no juízo *a quo* não foi admitido, é cabível a interposição de agravo de instrumento contra a decisão do juiz de origem, conforme artigo 544 do CPC.

É comum a interposição de agravo de instrumento tendente a viabilizar a subida ao STJ de recurso especial, apenas como forma de violar a celeridade processual. Como se pode verificar no Agravo de Instrumento nº 462.452 - SP (2002/0083959-7, Relator: Ministro Francisco Falcão, DJU 03/12/2002), no qual foi negado seguimento com fulcro no artigo 557, caput do CPC, por se verificar que o recurso especial não preenchia condições de apreciação pela alínea "a" - inoportunidade da alegada violação dos dispositivos legais - assim como pela ausência de

prequestionamento. O tribunal de origem entendeu corretamente inviável a admissibilidade de recurso especial também porque a deficiência de sua fundamentação impedia a compreensão da controvérsia.

Diante de tais considerações, é inegável a importância do papel exercido pelo juízo *a quo*, na apreciação do juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, haja vista que sem essa préfiltragem dos recursos destinados aos tribunais superiores, inevitavelmente a quantidade de recursos abusivos, incabíveis, intempestivos, com problemas no preparo (ausência ou insuficiência de custas ou porte de remessa e retorno), com irregularidade formal, defeito de representação, etc, certamente seria muito maior.

A despeito da diversidade de posicionamentos acerca da efetividade do papel do juízo *a quo* na apreciação da admissibilidade dos recursos excepcionais, prevalece a inegável relevância dessa atribuição, também como mecanismo de contenção de recursos abusivos, desde que respeitando os limites de atuação dos tribunais superiores previstos na Constituição.

4 Extrapolação dos limites de atuação do juízo *a quo* na apreciação do juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário

Delimitar a exata atuação dos juízos de admissibilidade e de mérito, em face dos recursos especial e extraordinário é extremamente difícil.

No caso de recurso especial, por exemplo, quando a decisão aprecia a questão federal controvertida, por ingressar no mérito do recurso, não pode ser considerada uma decisão de não-conhecimento.

O professor Barbosa Moreira, nesse sentido, argumenta:

[...] nos casos em que um tribunal não conhece de determinado recurso, na acepção própria da expressão, forçosamente fica por examinar parte da matéria suscitada pelo recorrente (o mérito do recurso), ao passo que, quando se utiliza a fórmula do 'não-conhecimento' para negar que a decisão impugnada mereça censura, na realidade já se examinou tudo que comportava exame: nada sobrou - o que suscita a pergunta irrespondível: que é, então, que se passaria ainda a examinar, se do recurso se conhecesse?²⁴

Tem-se entendido nos tribunais superiores que é lícito à Corte de origem se pronunciar sobre o mérito do recurso especial, já que muitas vezes esse exame se confunde com a admissibilidade recursal. Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ESPECIAL. EXAME DO MÉRITO RECURSAL. ART. 105, III, "a", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA. POSSIBILIDADE. DUPLICIDADE DE RECURSOS. AGRAVO E APELAÇÃO INTERPOSTOS CONTRA SENTENÇA. PRECLUSÃO CONSUMATIVA.

1. *A admissibilidade do recurso especial fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional exige comumente o exame do mérito da controvérsia para que se conclua acerca da ocorrência ou não de violação à lei. Precedentes.*

2. *"Não é nula a decisão que, a despeito de sucinta, contém a necessária fundamentação" (REsp 248.750/MG, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJU de 01/02/2005).*

3. *"A duplicidade de recursos interpostos pela mesma parte e atacando a mesma decisão acarreta o não conhecimento do recurso que foi protocolado por último, ante a ocorrência de preclusão consumativa" (AGREsp 504.065/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJU de 15/12/2003).²⁵*

Inúmeros argumentos existem no sentido de que - estando ou não presentes os requisitos necessários para o processamento do Recurso Especial - não é da competência do juízo *a quo* manifestar-se quanto ao mérito do recurso, uma vez que essa é matéria reservada unicamente ao tribunal *ad quem*, a quem cabe, exclusivamente, verificar ou não a existência de contrariedade e negativa de vigência a dispositivo de lei federal, dar ou não provimento ao recurso interposto. Contudo, como visto no julgado supra, a jurisprudência tem decidido ser possível o juízo de admissibilidade adentrar o mérito do recurso, na medida em que o exame da sua admissibilidade, pela alínea "a", em face dos seus pressupostos constitucionais, envolve o próprio mérito da controvérsia.

Mas, para a maioria da doutrina, para a admissão dos recursos especial e extraordinário basta apenas a alegação plausível de que a decisão recorrida contraria dispositivos de lei federal ou norma constitucional. A averiguação de que a violação de fato ocorreu e o julgamento do mérito é papel dos tribunais superiores.

A polêmica desse assunto gira em torno do fato do juízo *a quo* adentrar no mérito do recurso, extrapolar o papel de juízo de admissibilidade e exercer um juízo de mérito, pois analisa o próprio conteúdo da impugnação à decisão recorrida, quando se trata de recur-

so especial e extraordinário. Mas, é função é do juízo *ad quem* examinar o mérito do recurso, além da análise de admissibilidade que deve ser por ele também exercida. Como explorou com propriedade Wanessa de Cássia Françolin "cabe, isto sim, exclusivamente ao STJ e ao STF analisar a existência de violação à lei federal ou à Constituição Federal".²⁶ E, na mesma obra, mais adiante ela afirma:

*A ausência de distinção entre juízos de mérito e de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário refletida em diversas decisões dos tribunais superiores desafia as mais basilares regras da teoria geral dos recursos e, por isso, ao menos da doutrina, sofre severas críticas.*²⁷

Se é consenso que o juízo de admissibilidade não deve ser subtraído à apreciação do órgão *ad quem*, com muito mais rigor e propriedade não se poderia suprimir daquele órgão superior a apreciação do juízo de mérito. Portanto, o juízo de mérito não é função do órgão *a quo* apreciar, mas assim o faz em desrespeito à natureza dos recursos especial e extraordinário.

São muitas as decisões proferidas pelo juízo *a quo* em que se percebe que houve uma invasão no julgamento do mérito do recurso.

Seguem para conhecimento, trechos relevantes de decisão jurisprudencial que admite a apreciação do mérito pelo juízo *a quo*. Observe-se o Agravo de Instrumento nº Ag 725289 PR (2005/0198333-4), Relator Ministro Hamilton Carvalhido, publicado no DJU de 09/02/2006:

DECISÃO

(...)

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça decidiu ser possível o juízo de admissibilidade adentrar o mérito do recurso, na medida em que o exame da sua admissibilidade, pela alínea "a", em face dos seus pressupostos constitucionais, envolve o próprio mérito da controvérsia.

(...)

Nesse mesmo diapasão, a decisão do Agravo de Instrumento nº 706.943 - MS (2005/0152233-7), Relator Ministro Paulo Medina, data da publicação DJU 14/02/2006:

DECISÃO

(...)

...A admissibilidade do recurso especial fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional exige comumente o exame do mérito da contro-

*vérsia para que se conclua acerca da ocorrência ou não de violação à lei. Precedentes.
(...)*

Trata-se de questão de competência, pois o juízo *a quo* deveria apenas analisar a admissibilidade do recurso, para assim encaminhá-lo para o órgão *ad quem*, que se encarregará do julgamento. Em regra, o juízo de admissibilidade passa por um duplo controle, mas o mérito não. Dele apenas deveria se encarregar o órgão *ad quem*. É o que entende a doutrina dominante, mas não é nesse sentido que a jurisprudência dos tribunais superiores se posiciona. Como visto, há uma forte divergência de opiniões entre a doutrina e a jurisprudência nesse caso.

Nas palavras de Barbosa Moreira:

Não compete ao presidente ou ao vice-presidente examinar o mérito do recurso extraordinário ou especial, nem lhe é lícito indeferi-lo por entender que o recorrente não tem razão: estaria, ao fazê-lo usurpando a competência ao STF ou do STJ.²⁸

Ainda sobre esse assunto:

A ausência de distinção entre os juízos de mérito e de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário refletida em diversas decisões dos tribunais superiores desafia as mais basilares regras da teoria geral dos recursos e, por isso, ao menos da doutrina, sofre severas críticas.²⁹

Nesse diapasão, é inegável considerar extrapolação da competência do juízo *a quo* sempre que emite juízo de valor acerca da matéria objeto do recurso interposto, já que somente aos tribunais superiores está reservada essa tarefa. É preciso fazer prevalecer a correta distinção entre o juízo de admissibilidade e o de mérito e resguardar a competência dos tribunais superiores.

Por oportuno, urge novamente mencionar Wanessa de Cássia Françolin, acerca do assunto:

Para equacionar, ou ao menos minimizar, o excessivo número de recursos interpostos perante os tribunais superiores, outros meios existem e que não exigem que todo um sistema clássico e útil de divisão entre juízo de admissibilidade e de mérito dos recursos seja desmontado.³⁰

E quanto às conseqüências dessa inaceitável posição dos tribunais superiores ela assim se pronuncia:

[...] Notem como trilhar um caminho que contraria as regras basilares de conhecimento dos recursos, mais dia, menos dia exige que o sistema seja socorrido, por meio de medidas paliativas e de difícil explicação lógica.³¹

Com efeito, a função de uniformizar os entendimentos jurisprudenciais e a interpretação da norma federal e constitucional é, respectivamente do STJ e STF, conforme preceito constitucional. Fazer valer esse princípio constitucional é atividade exclusiva desses tribunais.

A permissão dessa invasão de competência pelos tribunais superiores, a pretexto de conter os recursos abusivos, evitar o estrangulamento do STJ e STF, é letal ao princípio constitucional da uniformidade de julgados, viola a própria Constituição nos seus artigos 102, III e 105, III e fere, sobretudo, a dignidade da justiça e como consectário lógico, a da pessoa humana.

5 Conclusão

Diante do exposto, é inegável a importância do juízo de admissibilidade dos recursos, mas podemos afirmar que o juízo *a quo* não se restringe apenas a efetuar o juízo de admissibilidade, vai mais além, extrapola seus limites penetrando no mérito do recurso, especialmente com a apreciação dos recursos especial e extraordinário. Não há como negar a impropriedade desse papel.

Na prática a intenção de conter os recursos excessivos é boa, mas continua a ser ineficaz, haja vista que não resolve o problema, pois o agravo interposto pela parte insatisfeita sobe inexoravelmente àqueles mesmos tribunais cujo acesso se tentou obstaculizar. E assim, restam violados os princípios da celeridade, da economia, do duplo grau de jurisdição e, o que é pior, o respeito à dignidade da justiça e da pessoa humana, pois a parte continua na espera infundável de obter a tutela pretendida.

Na busca de uma solução justa e célere, respeitando os princípios, o direito da parte e a finalidade dos tribunais superiores, vislumbramos duas alternativas que melhor atenderiam aos interesses gerais:

Suprimir a apreciação da admissibilidade recursal pelo juízo *a quo*, submetendo toda a matéria aos tribunais superiores, e deixando ao relator no juízo *ad quem* a atribuição específica e delimitada do prévio exame da admissibilidade, sem prejuízo da admissibilidade do mérito pelo colegiado.

Manter a apreciação da admissibilidade pelo Juízo *a quo*, mas delimitando sua atuação de forma que, como constitucionalmente previsto, seja preservada a apreciação do mérito para os tribunais superiores. Essa alternativa parece a mais apropriada, pois preserva os tribunais superiores na medida em que faz uma triagem dos recursos manifesta-

mente inadmissíveis, tais como os intempestivos, sem preparo, etc., mas não impede a parte de ver o mérito do recurso efetivamente sendo apreciado pelo tribunal de destino, de quem também não se pode suprimir a possibilidade de inadmitir o recurso, pois quem pode mais pode menos, mas quem pode menos não deve ser arvorar no mais.

Notas

- 1 BAGGIO, Lucas. **Do juízo de admissibilidade no tribunal de origem** - afronta à efetividade processual. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/01de2005/dojuizodeadmissibilidade_lucasbaggio.html>. Acesso em: 03 fevereiro 2006.
- 2 MORAES, Carlos Frederico Gonçalves de. O juízo de admissibilidade dos recursos e a inovadora proposta legislativa impeditiva da apelação na hipótese da congruência da sentença com as súmulas do STJ e STF. **Revista da ESMape** - Recife - v.10 - nº 22, jul./dez. 2005, p. 53.
- 3 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 67.
- 4 NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais**: teoria geral dos recursos. 6ª ed., SP: Editora Revista dos Tribunais, 2004
- 5 PINTO, Nelson Luiz. **Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 70.
- 6 WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. Vol. 1, 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 579.
- 7 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.116.
- 8 PINTO, Nelson Luiz. *Op.cit.*
- 9 Súmula 123 do STJ: A decisão que admite, ou não, o recurso especial deve ser fundamentada, com o exame dos seus pressupostos gerais e constitucionais.
- 10 PINTO, Nelson Luís. *Op. cit.*, p. 74.
- 11 GREGO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 13 ed., vol.2, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 262.
- 12 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Op.cit.*, p. 98.
- 13 NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 293.
- 14 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Op.cit.*, p. 107.
- 15 CARNELUTTI. *in* Instituições de Direito Processual Civil, vol. IV, Forense, Rio de Janeiro, p. 76/77.
- 16 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial, *in* **Temas de Direito Processual Civil** (5ª. Série), São Paulo: Saraiva, 1994, p. 133-134.
- 17 Julgado na Sessão de 25/05/2000. Turma, por unanimidade, não conhe-

- ceu dos embargos, nos termos do voto do relator. Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juizes Nereu Santos e Geraldo Apoliano. Relator convocado: juiz Paulo Roberto Lima.
- 18 PRUDENTE, Antônio Souza. **O duplo juízo de admissibilidade dos recursos e o princípio da economia processual**. R. CEJ, Brasília, nº 22, p. 76-79, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero22/artigo11.pdf>>. Acesso em: 01 abril 2006.
- 19 LEITE, Paulo Costa. **Mecanismos de contenção de recursos especiais**. Revista CONSULEX - Ano 4 - Vol. II - Nº42 - Junho/2000.
- 20 NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Alvim. Coordenadores. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e recursos afins**. V.9, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 350.
- 21 NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Alvim. *Op. cit.*, p. 368.
- 22 WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 659.
- 23 LIMA, Arnaldo Esteves. Admissibilidade dos recursos: Considerações. Revista Emarf: Escola de Magistratura Regional Federal, v.2, abr. 2000, p. 89-90.
- 24 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento do recurso especial ex artigo 105, III, a, da Constituição da República: Sinais de uma evolução auspiciosa, *in* **Temas de Direito Processual Civil** (7ª. Série), São Paulo, Saraiva, 2001, p. 96-97.
- 25 Processo Agravo de Instrumento AGTR Nº 724.673 - RS (2005/0196904-8), Relator(a) Ministro PAULO MEDINA. Data da Publicação DJU 14/02/2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/deciso/especial&&b=DTXT&p=true&t=&l=20&i=2>>. Acesso em: 01 abril 2006.
- 26 NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Alvim. *Op. cit.*, p. 654.
- 27 *Ibid.*, p. 659.
- 28 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 604.
- 29 NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Alvim. *Op. cit.*, p. 659.
- 30 *Ibid.*, p. 660.
- 31 *Ibid.*, p. 659.

Referências

BAGGIO, Lucas. **Do juízo de admissibilidade no tribunal de origem - afronta à efetividade processual**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/01de2005/dojuizodeadmissibilidade_lucasbaggio.html>. Acesso em: 03 fevereiro 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial, *in* **Temas de Direito Processual Civil** (5ª. Série), São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Julgamento do recurso especial ex artigo 105, III, a, da Constituição

- da República: Sinais de uma evolução auspiciosa, *in* **Temas de Direito Processual Civil** (7ª. Série), São Paulo, Saraiva, 2001.
- COSER, José Reinaldo. **Recursos cíveis na prática judiciária**: doutrina, legislação, jurisprudência, prática. 1ª ed., SP: Ícone, 2003.
- GREGO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 13 ed., vol.2, São Paulo: Saraiva, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- LAPENDA, Sophia Moreira Reis. **O duplo grau de jurisdição**. Revista Jurídica CONSULEX - Ano VI - nº 129 - de maio/2002.
- LEITE, Paulo Costa. **Mecanismos de contenção de recursos especiais**. Revista CONSULEX - Ano 4 - Vol. II - Nº42 - Junho/2000.
- LIMA, Arnaldo Esteves. Admissibilidade dos recursos: Considerações. **Revista Emarf: Escola de Magistratura Regional Federal**, v. 2, abr. 2000.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 4. ed. ver, atual. e amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- MORAES, Carlos Frederico Gonçalves de. O juízo de admissibilidade dos recursos e a inovadora proposta legislativa impeditiva da apelação na hipótese da congruência da sentença com as súmulas do STJ e STF. **Revista da ESMAPE** - Recife - v.10 - nº 22, jul./dez. 2005.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais**: teoria geral dos recursos. 6ª ed., SP: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e recursos afins**. V. 9, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e recursos afins**. V. 6, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- PEREIRA, José de Lima Ramos. **Recurso de revista**: aspectos relevantes e controvertidos de sua admissibilidade. Disponível em: < <http://www.prt21.gov.br/dout03.htm>>. Acesso em: 27 abril 2006.
- PINTO, Nelson Luiz. **Recurso Especial para o Supremo Tribunal de Justiça**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.
- PRUDENTE, Antônio Souza. **O duplo juízo de admissibilidade dos recursos e o princípio da economia processual**. R. CEJ, Brasília, nº 22, p. 76-79, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero22/artigo11.pdf>>. Acesso em: 01 abril 2006.
- SOUZA, Roberto Carvalho de. **Recurso Especial**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- WAMBIER, Tereza Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e extraordinário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. Vol. 1, 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Legitimidade ativa nas ações coletivas

Alice Schwambach

*Advogada da Caixa no Rio Grande do Sul
Especialista em Processo Civil pela UFRGS
Especializanda em Direito Empresarial pela UFRGS*

RESUMO: O presente trabalho propõe-se a examinar a legitimidade ativa na defesa de ações coletivas: a analisar quem são os denominados “corpos intermediários” ou “entes exponenciais” legitimados à defesa da tutela coletiva e se a técnica da indicação objetiva dos legitimados, com a enumeração expressa no texto legal, é a mais adequada, bem como a eventual necessidade de ampliação da legitimação ativa *ad causam* no ordenamento jurídico-processual brasileiro. Ainda pretende averiguar a exigência de pertinência temática aos legitimados à defesa dos interesses coletivos como óbice de acesso à justiça e o posicionamento dos tribunais pátrios, bem como, a resistência à atuação do Ministério Público como legitimado ativo no processo coletivo, mormente na defesa de direitos individuais homogêneos e a tímida atuação dos demais entes legitimados em ações coletivas.

Palavras-chave: Ações coletivas. Legitimidade ativa.

1 Introdução

A presente pesquisa propõe-se a estudar quem pode e deve tutelar os direitos que pertencem a um grupo indeterminado ou determinado de pessoas. O tema a ser abordado está fundamentado no exame da legitimidade ativa na defesa de ações coletivas.

A estrutura da sociedade moderna, em blocos, com a massificação de conflitos, acaba por gerar interesses comuns que não podem ser titulados por uma única pessoa, já que não pertencem só a esta, mas a toda comunidade.

Assim, em uma sociedade que é marcada por um modelo econômico de produção e consumo em massa, não há dúvida de que algumas atividades podem lesar simultaneamente inúmeros interesses. Por outro lado, existem interesses sem repercussão pecuniária, mas que evidenciam a preocupação da sociedade moderna, como os conflitos decorrentes do meio ambiente, do patrimônio cultural ou da saúde pública, cuja tutela também é do interesse de toda sociedade.

Esses "novos" interesses dificilmente vêm titulados por alguém em particular, razão pela qual dificilmente alguém pode, isoladamente, se apresentar para defendê-los em juízo, mormente diante da pulverização do prejuízo na sociedade. Por outro lado, a dificuldade de organização coletiva dos indivíduos lesados também se apresenta como obstáculo à tutela jurídica integral desses direitos.

Objetiva-se através deste trabalho analisar quem são os denominados "corpos intermediários" ou "entes exponenciais" legitimados à defesa da tutela coletiva e se a técnica da indicação objetiva dos legitimados, com a enumeração expressa no texto legal, é a mais adequada, bem como a eventual necessidade de ampliação da legitimação ativa *ad causam* no ordenamento jurídico-processual brasileiro.

Também se pretende averiguar a exigência de pertinência temática aos legitimados à defesa dos interesses coletivos como óbice de acesso à justiça e o posicionamento dos tribunais pátrios. Ainda, a resistência à atuação do Ministério Público como legitimado ativo no processo coletivo, mormente na defesa de direitos individuais homogêneos e a tímida atuação dos demais entes legitimados em ações coletivas.

Desta forma, busca-se comprovar, ao final deste trabalho, que as ações coletivas se tornaram uma realidade nos tribunais pátrios, capacitadas pela evolução da própria sociedade, que cada vez mais busca nesta espécie de demanda a solução para os conflitos de massa, impondo-se cada vez mais a ampliação da legitimidade ativa.

2 Histórico, conceito e direito comparado

2.1 Da jurisdição singular à jurisdição coletiva

O Direito brasileiro tem sua base na família romano-germânica. No nosso direito processual, essa filiação revela-se especialmente pela ligação entre o direito de ação com o direito material, consagrado no artigo 75 do anterior Código Civil, que preconizava: "A todo direito corresponde uma ação".

Historicamente, a seara tradicional das ações civis é a jurisdição singular caracterizada pela presença de um autor e um réu, ambos atuando em juízo em nome próprio, na defesa de seus interesses.

Eventuais direitos concernentes à coletividade como um todo eram deixados à conta do Estado, responsável pelo bem-estar coletivo, pela defesa do interesse coletivo. Esses direitos levados a juízo enquadravam-se em uma ou outra categoria, permanecendo qualquer outro valor ou interesse em uma espécie de limbo, social e juridicamente irrelevante.

Com o passar dos tempos e a evolução da vida em sociedade, surgiram novos conflitos caracterizados pela abrangência, impessoalidade, generalidade, tornando-se imperativa a busca por novas formas de tra-

tamento processual de eventuais demandas relacionadas. Nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso¹:

Foi a partir da Idade Média que certas formações sociais foram se alojando entre os planos públicos e privados - justamente por isso chamadas corpos intermediários - notadamente as grandes corporações comerciais e os agrupamentos sociais que se foram formando no interior da florescente burguesia, assim de certo modo concorrendo com o Estado. O advento da Revolução Industrial incrementou aquelas posições intermédias, igualmente favorecidas com o incremento do sindicalismo, o fortalecimento dos partidos políticos, a estruturação da pessoa jurídica, esta última facilitando a constituição de macro empreendimentos e oligopólios, umas e outras destas ocorrências sociais reivindicando espaços cada vez mais expressivos na larga faixa agora reconhecida entre os interesses do Estado e dos particulares.

Portanto, as transformações políticas e sociais produziram mudanças nas relações entre o Estado e o indivíduo e entre os particulares entre si, com a ruptura de velhas estruturas, abrindo espaço para o surgimento de novos direitos e novas formas de lesão. Com o surgimento destes novos direitos, aos quais podemos chamar de coletivos, também surge a necessidade de definição de novos fenômenos do processo.

O sincretismo jurídico definia a ação como direito subjetivo, cuja característica principal era a confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, e esta visão plana do ordenamento jurídico, no limiar do século XIX, principiou a ruir.

Assim, a compreensão do Direito Processual como ciência autônoma permitiu a expansão de determinados institutos, tais como a legitimação extraordinária, inicialmente de forma tímida, através da substituição processual individual e, depois, através da legitimação extraordinária para as ações coletivas.

Essa mudança de visão fez com que fossem percebidos os defeitos ou dificuldades, melhor dizendo, limites de aplicação de determinados dogmas processuais às situações de direito com titulares indeterminados e de "litigiosidade de massa", principalmente àquelas em que apenas um legitimado move ação em benefício de um todo coletivo.

Surgem, assim, novos instrumentos processuais aptos a atender a novas expectativas e necessidades sociais, afastando-se do modelo clássico da ação individual.

No entanto, não se pode deixar de destacar que nem mesmo a criação destes instrumentos afastou as dificuldades decorrentes da pré-

compreensão de um processo que busca desesperadamente o indivíduo no conflito, pois sem ele não consegue trabalhar a idéia de ação judicial.

2.2 A problemática da legitimidade ativa coletiva

O artigo 3º do nosso Código de Processo Civil dispõe que "para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade".

Legitimação para a causa, na definição de Hermenegildo de Souza Rego², é "a idoneidade da pessoa para ser parte no processo, seja em virtude da coincidência entre a posição que ocupa no conflito de interesses, como deduzido da inicial, e uma situação legitimante prevista no ordenamento jurídico, seja por expressa autorização da lei".

Assim, no que tange à defesa de direitos individuais, inexistem no sistema maiores dificuldades.

O desafio surge, no entanto, com a massificação dos direitos, ou seja, com a proteção judicial de interesses diferenciados, insuscetíveis de atribuição a um único titular.

Rodolfo de Camargo Mancuso³, ao tratar da legitimação coletiva em tema de interesses difusos, bem coloca a questão:

Além disso, hoje avultam situações sociais complexas, que desafiam a argúcia do operador do direito, como se dá, por exemplo, com as ocupações promovidas pelos grupos ditos sem-terra, em face das quais os institutos clássicos da posse e do domínio revelam-se em certo modo insuficientes; ainda, os novos problemas surgidos com a comunicação global e massificada através da informática, em face das garantias e licenças concernentes aos direitos da propriedade intelectual; ou mesmo as questões que relevam da engenharia genética e biossegurança, como a clonagem de seres vivos, fazendo repensar o mínimo ético, subjacente ao Direito, enquanto ciência e como experiência.

Dáí, analisando-se a possibilidade de defesa judicial dos direitos coletivos lato sensu, a primeira questão que surge é a relacionada com a legitimidade ativa. Quais as pessoas ou entidades que podem exercer o direito de ação para defender tais interesses?

No aspecto, ainda Mancuso⁴ assim refere:

O problema, porém, surge quando se trata da legitimatio ad causam nos conflitos superindividuais porque, mesmo que se supere o obstáculo

do interesse de agir (entendendo-se que basta um interesse legítimo, relevante, sem necessidade de que seja direto e pessoal), restará saber quem é idôneo, adequado, apto e, pois, a justa parte para vir em juízo em nome daqueles interesses superindividuais.

O mesmo autor⁵, citando Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, refere que:

a idéia de legitimidade para a causa não tem nada a ver com a titularidade do direito material, até porque não se pode dizer, por exemplo, que alguém é titular do direito à higidez do meio ambiente (direito difuso, cuja titularidade é indeterminada). Na verdade, nesses casos, a legitimidade para a causa não é concebida nos moldes do processo individual, mas sim para adequar-se ao chamado processo coletivo.

Até há bem pouco tempo a maioria da doutrina e da jurisprudência não aceitava a legitimidade de determinados entes para defesa em juízo de direitos coletivos *lato sensu*. Foi apenas com a edição da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) que este entendimento começou a mudar.

Trata-se, portanto, de matéria inovadora e, como tal, ainda precisa enfrentar as forças do conservadorismo. Impõe-se ao intérprete, assim, proceder a uma releitura dos textos, com a preocupação de adequá-los aos conflitos de massa, não raro imprevisíveis quando de sua elaboração.

Institutos como a legitimação para agir no que hoje já se denomina de processo coletivo, tema que ora se pretende abordar, são, à evidência, objetos da maior preocupação no novo contexto.

2.3 Direito comparado

As ações coletivas têm inspiração nas *class actions* e *public actions* desenvolvidas em países que adotam o sistema da *common law*, como a Inglaterra e os Estados Unidos.

Já nos países que adotam o sistema da *civil law*, como a maioria dos países europeus, as ações coletivas tiveram uma evolução mais tímida, já que só são admitidos como legitimados aqueles que expressamente constam do texto legal.

Os Estados Unidos são o país que mais tem tradição na tutela dos interesses de massa, tendo a nossa ação civil pública inspiração nas *class actions* desse país. No sistema americano, um ou mais membros de classe podem demandar ou ser demandados como legitimados, no interesse

de toda categoria. Exige-se que haja uma classe identificável e a parte representativa deve integrar a classe. A classe pode ser equiparada a um conjunto de pessoas interessadas, grupo ou categoria, não se exigindo qualquer relação jurídica base entre os mesmos. Faz-se necessário que os membros da classe sejam em número expressivo a ponto de ser impraticável a reunião de todos. Deve haver uma ou mais questões de direito ou de fato que sejam comuns à classe e devem as pretensões ou defesas formuladas pelas partes representativas ser típicas das pretensões ou defesas da classe a ser representada.

Na Itália, inexistente no sistema processual legislação específica e adequada à tutela dos interesses de massa, o que leva questões de interesse coletivo a serem tratadas tanto no contencioso administrativo como no judicial. Grande parte da doutrina italiana propugna por uma completa reforma do sistema processual daquele país.

A França possui um sistema semelhante ao brasileiro no trato das questões relativas à proteção de direitos coletivos *lato sensu*. A legislação daquele país, contudo, é mais severa em relação a alguns entes legitimados, exigindo, por exemplo, como requisito de representatividade adequada das associações, um número de dez mil associados.

Já a Alemanha não possui instrumentos adequados de tutela coletiva, que se dá naquele país apenas pela legitimação de grupos organizados (associações) para defesa de interesses individuais do grupo. A defesa coletiva se dá aqui, apenas, mediante aglutinação de interesses individuais, não tratando de interesses públicos ou gerais.

Como se vê, o ordenamento jurídico-processual brasileiro está na vanguarda em relação ao tratamento dispensado à tutela coletiva, sendo um dos mais ricos e completos, quando em comparação aos sistemas de outros países.

3 Conceito de direitos coletivos

Para um estudo mais detalhado dos legitimados a agir na defesa de interesses coletivos *lato sensu*, faz-se primeiramente necessária uma breve análise de como o direito brasileiro classificou os "direitos de grupo".

Tais direitos, que podem ser de natureza coletiva e até mesmo individual, são classificados em: difusos, coletivos propriamente ditos e individuais homogêneos.

Essa classificação está prevista no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que assim dispõe:

Art. 81 - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único - A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Kazuo Watanabe⁶, ao referir-se sobre a tutela coletiva dos consumidores, aduz que: "A tutela coletiva abrange dois tipos de interesses ou direitos: a) os essencialmente coletivos, que são os "difusos", definidos no inc. I do parágrafo único do artigo 81, e os "coletivos" propriamente ditos, conceituados no inc. II do parágrafo único do artigo 81; b) os de natureza coletiva apenas na forma em que são tutelados, que são os "individuais homogêneos", definidos no inc. III do parágrafo único do artigo 81."

3.1 Direitos difusos

Os direitos difusos são aqueles caracterizados pela indeterminação de seus titulares e pela existência de uma relação jurídica entre eles. Por exemplo, uma propaganda enganosa pode afetar uma multidão incalculável de pessoas. A ofensa é coletiva, atingiu um número indeterminado de pessoas e o bem jurídico é indivisível, ou seja, basta uma única ofensa para que todos sejam atingidos.

José Carlos Barbosa Moreira⁷ definiu de forma esquemática os interesses difusos como sendo aqueles que:

a) Não pertencem a uma pessoa isolada, nem a um grupo nitidamente delimitado de pessoas (ao contrário do que se dá em situações clássicas como a do condomínio ou a da pluralidade de credores numa única obrigação), mas a uma série indeterminada - e, ao menos para efeitos práticos, de difícil ou impossível determinação - cujos membros não se ligam necessariamente por vínculo jurídico definido. Pode tratar-se, por exemplo, dos habitantes de determinada região, dos consumidores de certo produto, das pessoas que vivem sob tais

ou quais condições sócio-econômicas, ou que se sujeitam às conseqüências deste ou daquele empreendimento público ou privado, e assim por diante. b) Referem-se a um bem (latíssimo sensu) indivisível, no sentido de insuscetível de divisão (mesmo ideal) em "quotas" atribuíveis individualmente a cada qual dos interessados. Estes se põem numa espécie de comunhão tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui ipso facto, lesão da inteira coletividade.

A defesa em juízo dos direitos difusos, pela sua própria natureza de interesse coletivo, é feita através de ação coletiva.

3.2 Direitos coletivos propriamente ditos

Já os interesses coletivos propriamente ditos são aqueles cujo titular é uma categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Essa relação jurídica base é preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas.

Ricardo de Barros Leonel⁸ esclarece as diferenças entre direitos coletivos e direitos difusos:

De pronto é possível identificar dois dados diferenciadores: maior limitação dos interesses coletivos, em virtude da existência do dado organizativo do grupo interessado (ausente nos difusos), e existência de uma relação jurídica embasando o liame existente entre os interessados.

Estes interesses são também inerentes a pessoas indeterminadas a princípio, mas determináveis, pois o vínculo entre elas é mais sólido, decorrente de uma relação jurídica comum. Aqui também o objeto ao qual sendo todo o grupo lesado coetaneamente na hipótese de violação.

Deste modo os coletivos distinguem-se dos difusos, ambos indivisíveis, pela sua origem, na medida em que nestes o vínculo relaciona-se a dados acidentais ou factuais, enquanto naqueles a ligação dos integrantes do grupo, categoria ou classe decorre de uma relação jurídica.

Não se pode, entretanto, confundi-los com os interesses da pessoa jurídica, ou com o somatório

simples dos interesses individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe. Em ambas as hipóteses, estaríamos diante de simples interesses individuais, ainda que eventualmente formulados em juízo em litisconsórcio.

"A peculiaridade dos coletivos consiste na indivisibilidade decorrente da existência, como reflexo da situação da vida onde auferem sua gênese, de uma relação jurídica de direito material comum, inerente a todos os envolvidos na categoria considerada."

A defesa de tais direitos também se dá através de ação coletiva.

3.3 Direitos individuais homogêneos

E, por fim, os direitos individuais homogêneos são aqueles que não são "coletivos" em sua essência, mas individuais, sendo, contudo, tratados formalmente ou acidentalmente como coletivos para fins de tratamento processual.

Por sua vez, Ricardo de Barros Leonel⁹ assevera como "características destes interesses: serem determinados ou determináveis os seus titulares; serem essencialmente individuais; ser divisível o objeto tutelado; e surgirem em virtude de uma origem ou fato comum, ocasionando a lesão a todos os interessados a título individual".

Tais direitos também têm defesa coletiva salientando, contudo, Teori Albino Zavascki¹⁰:

Diferentemente é o que ocorre com os chamados "interesses ou direitos individuais homogêneos". Estes são divisíveis e individualizáveis e têm titularidade determinada. Constituem, portanto, direitos subjetivos na acepção tradicional, com identificabilidade do sujeito, determinação do objeto e adequado elo de ligação entre eles. Decorrendo, ademais, de relações de consumo, têm, sem dúvida, natureza disponível. Sua homogeneidade com outros direitos da mesma natureza, determinada pela origem comum, dá ensejo à defesa de todos em forma coletiva, mediante ação proposta, em regime de substituição processual por um dos órgãos ou entidades para tanto legitimados concorrentemente no artigo 82.

Portanto, os direitos individuais homogêneos, conquanto sejam tutelados coletivamente, são direitos materialmente individuais, salien-

tando o mesmo autor¹¹, em outra obra, que: "Peca por substancial e insuperável antinomia afirmar-se possível a existência de direitos individuais transindividuais", já que transindividual significa "sem titular determinado".

3.4 Critérios de distinção

Na prática, a distinção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diante de um mesmo fato, quando levados a juízo, por vezes é causa de confusão de uma com outra categoria.

Kazuo Watanabe¹², no aspecto, refere que: "É na transposição do conflito de interesses do plano extraprocessual para o processual e na formulação de determinado provimento jurisdicional que são cometidos vários equívocos. A tutela de interesses "coletivos" tem sido tratada, por vezes, como tutela de interesses ou direitos "individuais homogêneos", e a de interesses ou direitos "coletivos", que por definição legal são de natureza indivisível, tem sido limitada a um determinado segmento geográfico da sociedade, com uma inadmissível atomização de interesses ou direitos de natureza indivisível."

Pedro Lenza¹³, citando lição de Nelson Nery Júnior, ensina que é o tipo de tutela jurisdicional pretendida, quando proposta a ação judicial, que determina a classificação do direito. Da obra de Nery, transcreve:

[...] da ocorrência de um mesmo fato podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais. O acidente com o 'Bateau Mouche IV', que teve lugar no Rio de Janeiro há alguns anos, poderia ensejar ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associação de empresas de turismo que teriam interesse na manutenção da boa imagem deste setor na economia, a fim de compelir a empresa proprietária da embarcação a dotá-la de mais segurança (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que se interditasse a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso).

Tal critério - o de levar-se em conta o tipo de pedido formulado na inicial para caracterização do direito - sofre críticas por aqueles que acreditam, como José Roberto dos Santos Bedaque, também citado por Pedro Lenza¹⁴, que os interesses existem fora do processo e antes dele, devendo o tipo de direito determinar o tipo de tutela.

Esse posicionamento, no entanto, é minoritário, concordando a maioria dos doutrinadores que o pedido formulado na demanda é, ainda, o critério que melhor atende à distinção entre os direitos coletivos e individuais homogêneos.

Ainda sobre o critério de distinção e classificação do direito, Hermes Zaneti Júnior¹⁵ traz posicionamento de Antônio Gidi no sentido de ser o caminho adequado identificar "o direito subjetivo específico que foi violado", referindo que esse autor conclui que:

Nesse ponto dissentimos ligeiramente da tese de Nelson Nery Júnior quando conclui ser o tipo de tutela jurisdicional que se pretende obter em juízo o critério a ser adotado. [...] Primeiro, porque o direito subjetivo material tem a sua existência dogmática e é possível, e por tudo recomendável, analisá-lo e classificá-lo independentemente do direito processual. Segundo, porque casos haverá em que o tipo de tutela jurisdicional pretendida não caracteriza o direito material em tutela.

Por fim, Zaneti¹⁶ acaba propondo a fusão entre os conceitos de Nery e Gidi, assim se pronunciando:

Ora, o CDC conceituou os direitos coletivos lato sensu dentro da perspectiva processual, com o objetivo de possibilitar a sua instrumentalidade e efetiva realização. Do ponto de vista do processo, a postura mais correta é a que permite a fusão entre o direito subjetivo (afirmado) e a tutela requerida como forma de identificar, na "ação", de qual direito se trata e, assim, prover adequadamente a jurisdição. Nesse particular a correta individuação, pelo advogado, (operador do direito que propõe a demanda) do pedido imediato (tipo de tutela) e da causa de pedir, incluindo os fatos e o direito coletivo aplicável na ação revela-se de preponderante importância. Portanto, propõe-se a fusão entre o pensamento de Antônio Gidi e Nery Junior (naturalmente mais abrangente) que em verdade se completam e complementam reciprocamente.

Concluindo, é importante ressaltar o caráter exemplificativo dos interesses meta-individuais, pois a enumeração legal não é taxativa. A intenção do legislador é clara no sentido de propiciar a maior amplitude possível na tutela dos interesses supra-individuais. É o que decorre

da interpretação finalística e sistemática dos dispositivos relacionados ao tema.

4 Sistematização da legitimação extraordinária

4.1 Legitimação ordinária e extraordinária

Para se averiguar a legitimidade ativa para defesa de direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, como visto acima), faz-se necessário, *ab initio*, identificar corretamente, bem como distinguir a legitimidade ordinária da legitimidade extraordinária, confrontando, posteriormente, a existência de ambas nas ações coletivas.

No que tange à legitimidade de agir em juízo, o artigo 6º do Código de Processo Civil Brasileiro dispõe que "ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei."

No aspecto, bem coloca Hermes Zaneti Junior¹⁷:

Quem sofre as conseqüências da ação tem direito de participar, ou, no mínimo, de autorizar, consentir sua representação. Nesse sentido são garantias o princípio do dispositivo em sentido formal (demanda) e o contraditório.

Essa regra geral comporta uma exceção prevista no próprio artigo 6º, in fine, qual seja, "salvo quando autorizado por lei", que é conhecida pela doutrina como substituição processual. Esta será sempre excepcional e é por isso, também denominada de legitimação extraordinária.

[...] assim, quando o titular do direito subjetivo se identifica com o autor, tem-se a legitimação ordinária; quando, porém, o direito subjetivo é defendido por terceiro (alheio à relação de direito material afirmada), em nome próprio, tem-se a legitimação extraordinária. O essencial à figura da substituição processual (espécie de legitimação extraordinária) é que a parte legitimada não se afirma titular do direito material. A regra ordinária diz o contrário: o usual, o comum, é que o próprio titular do direito subjetivo seja o legitimado.

Portanto, quando há coincidência entre a situação legitimante e a causa posta em juízo estar-se-á diante de legitimação ordinária. Já quando a lei autoriza que alguém demande ou venha a ser demandado, em nome próprio, para defender direito que não lhe pertence, a legitimação será extraordinária.

4.2 Substituição processual

A doutrina confunde a legitimação extraordinária com a substituição processual. No entanto, esta é espécie do gênero daquela.

Aluisio de Castro Mendes¹⁸ bem aponta ressalva de José Carlos Barbosa Moreira quanto à equiparação entre legitimação extraordinária e substituição processual. Cumpre transcrever:

A expressão "substituição processual" tem sido utilizada, com freqüência, na doutrina e na vida forense, como sinônimo para a legitimação extraordinária. A equiparação sofreu, no entanto, a ressalva precisa e pertinente de José Carlos Barbosa Moreira: "No rigor da lógica, a denominação parece unicamente adequada aos casos de legitimação extraordinária autônoma exclusiva: só nesses, com efeito, é que a lei na verdade substitui o legitimado ordinário pelo legitimado extraordinário, se por substituir se entende retirar coisa ou pessoa de determinado lugar para aí colocar outra. Fora deles, pode até acontecer que, no mesmo processo, figurem simultaneamente, em posições equivalentes, o legitimado ordinário e o extraordinário."

A substituição processual, portanto, decorre de lei, cumprindo mencionar que o Código de Processo Civil atual afastou a idéia da substituição processual voluntária, admitida pela doutrina, anteriormente.

Arruda Alvim¹⁹, ao traçar comparativo entre as obras de Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, intitulada "Substituição Processual" e editada em 1969, e a obra de Ephraim Campor Júnior, sobre o mesmo tema e editada três décadas depois, constata a rápida evolução do direito processual civil diante de novas necessidades sociais. Verifica a evolução da substituição processual de uma ótica individual para uma ótica coletiva.

Conclui o referido autor²⁰ que:

Manteve-se o que se pôde, de certa forma, designar como princípio geral da substituição processual no que diz respeito à orientação ulterior do legislador, no direito brasileiro, qual seja a de somente por lei é admissível que essa ocorra, com descarte da chamada substituição processual voluntária. No mais, o instituto veio efetivamente a servir ao processo coletivo, afeiçoado aos fins por este perseguidos.

Observa, ainda, que diversas hipóteses de substituição processual vieram a ser incorporadas no direito brasileiro, no campo do processo coletivo. Cita o Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente o artigo 91, que dispõe que os legitimados "poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos", convivendo a legitimação individual com a legitimação extraordinária, decorrente de verdadeira substituição processual, onde o substituto não pleiteia o direito concreto do substituído, mas o reconhecimento genérico de um direito que depois virá a ser, ou poderá vir a ser individualmente exercido, no processo de liquidação, pelo interessado.

Por fim, cumpre frisar que mesmo no plano do processo coletivo, a substituição processual deve ser sempre oriunda de lei, respeitada, portanto, a regra do artigo 6º do Código de Processo Civil.

4.3 Representação

A final, vale referir que a substituição processual não se confunde com a representação. O representante age em nome e no mais das vezes sob a orientação ou por outorga do representado.

Já a legitimação extraordinária do substituto processual decorre sempre da lei, uma vez que o substituto age em nome próprio, na defesa de direito alheio, podendo fazê-lo até contra a vontade do substituído.

Na representação, a parte processual é o representado, que suporta os riscos e as conseqüências de eventual sucumbência. Na substituição, parte é o substituto (legitimado extraordinário), não respondendo o substituído pelas despesas do processo.

No que tange ao processo coletivo, a legislação brasileira, seguindo tendência mundial, desvinculou o titular do suposto direito material violado, criando um representante adequado para atuação em juízo. Foi opção legislativa, também, a solução mista ou pluralista, no sentido de conferir a representação dos interesses transindividuais em juízo a representantes públicos e privados, mais adiante melhor analisados.

4.4 Classificação da legitimação extraordinária

Podem ser apontados três sistemas básicos de legitimação ativa para a defesa de interesses meta-individuais: aqueles em que a legitimidade é deferida individualmente a uma pessoa, o modelo em que a legitimidade é deferida a entes coletivos e o sistema que permite as duas modalidades de legitimação, chamado de sistema misto.

Nesta linha, e em relação à legitimação extraordinária, pode-se adotar como ponto de partida a classificação da legitimidade adotada por José Carlos Barbosa Moreira²¹ em: autônoma, subordinada, exclusiva e concorrente.

Assevera Barbosa Moreira²² que:

Em um certo número de casos, a legitimação extraordinária confere ao respectivo titular a possibilidade de atuar em juízo com total independência em relação à pessoa que ordinariamente seria legitimada, e em posição análoga à que esta caberia se ordinário fosse o critério adotado pela lei para definir a situação legitimante. Pode-se falar em tais hipóteses de legitimação extraordinária autônoma. Nelas o contraditório tem-se como regularmente instaurado com a só presença, no processo, do legitimado extraordinário.

Em contraposição, menciona o mesmo autor que a legitimação extraordinária é subordinada quando apenas o titular da relação jurídica pode iniciar ou responder a demanda. A presença do legitimado ordinário é indispensável à regularização do contraditório, sendo a participação do legitimado extraordinário em caráter acessório. Assevera o referido mestre que esse tipo de legitimação: "tem eficácia menos ampla que o anterior: não habilita o respectivo titular nem a demandar nem a ser demandado quanto à situação litigiosa, mas unicamente a deduzi-la, ativa ou passivamente, junto com o legitimado ordinário, em processo já instaurado por este ou em face deste, e no qual aquele se limita a intervir."

Ainda, subdivide a legitimação extraordinária autônoma em exclusiva ou concorrente. É exclusiva quando a lei reserva, com exclusividade ao legitimado extraordinário, a atuação em juízo. O titular do direito não está autorizado a interpor a ação, podendo participar da demanda na condição de assistente simples ou litisconsorcial, naqueles casos em que se está em juízo para defesa de direitos individuais homogêneos.

Já quando tanto o titular do direito substantivo quanto o legitimado extraordinário estiverem autorizados a defender o interesse em juízo, sem que haja rebaixamento de nível do legitimado ordinário, tornando indiferente, para a verificação da regularidade do contraditório, que no processo figure apenas o legitimado extraordinário, apenas o ordinário, ou ambos, dir-se-á então que a legitimação extraordinária é autônoma e concorrente.

No aspecto, refere que se a legitimação extraordinária for concorrente primária, também ao legitimado extraordinário cabe a instauração do processo, independentemente de qualquer atitude do legitimado ordinário. Todavia, nos casos em que o legitimado extraordinário só pode agir se o legitimado ordinário autorizar, a legitimação é concorrente subsidiária.

A doutrina, no entanto, tem entendido, por vezes, que a legitimação é concorrente quando há duas ou mais pessoas compartilhando a condi-

ção de legitimado extraordinário. No entanto, denomina-se com mais propriedade como disjuntiva a possibilidade de dois ou mais entes legitimados extraordinários estarem autorizados à propositura da ação, independentemente da vontade um do outro. A legitimidade de um, desse modo, não exclui a do outro, admitindo-se, inclusive, o litisconsórcio.

As modalidades acima postas não são estanques, possibilitando combinações entre si. É no contexto de um apelo ao pluralismo que se insere a política legislativa de outorga de legitimação ativa a vários entes credenciados, em modo concorrente-disjuntivo, na expectativa de que os co-legitimados repartam entre si esse poder de agir.

5 Natureza jurídica da legitimação ativa nas ações coletivas

5.1 Teorias sobre a natureza jurídica da legitimação ativa na defesa de direitos coletivos

A doutrina diverge ao tentar justificar a legitimação para defesa nas ações coletivas. Há três correntes principais, a saber: a legitimação extraordinária por substituição processual, a legitimação ordinária das "formações sociais", decorrente de uma leitura ampla do artigo 6º do CPC, e a "legitimação autônoma" para condução do processo, espécie de legitimação extraordinária.

5.1.1 Legitimação extraordinária

A grande maioria da doutrina²³ posiciona-se pela legitimação extraordinária nas ações coletivas, ou seja, entende que há substituição processual, com a defesa em nome próprio de direito alheio - direito da coletividade. Assim, o legitimado age em nome próprio pela específica legitimação que a ordem jurídica lhe conferiu, mas os interesses cuja proteção persegue por meio da ação pertencem a terceiros, sejam estes determinados, determináveis ou indetermináveis, mas sempre de terceiros que não fazem parte da relação processual. É isso que caracteriza a legitimidade como extraordinária: alguém é substituto processual sempre que a lei autorizar essa pessoa a ajuizar uma demanda em nome próprio para defender direito alheio, conforme previsão do artigo 6º do CPC.

Esse entendimento é o que vem prevalecendo também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁴ e Superior Tribunal de Justiça²⁵.

5.1.2 Legitimação ordinária

Há outra parcela da doutrina²⁶ que defende a legitimidade ordinária das entidades civis legitimadas para defesa de direitos coletivos quan-

do, em nome próprio, defendem interesse público, da própria sociedade como um todo.

Essa posição também pode ser admitida quando se considera o indivíduo, na qualidade de integrante da classe atingida, como legitimado para a propositura da ação coletiva. Dessa forma, estaria ele também defendendo um interesse próprio, embora comum ou coligado com o de outras pessoas integrantes de uma coletividade, grupo, classe ou categoria. Poderia, assim, ser considerada como uma legitimação composta, na qual estariam presentes o interesse próprio conjugado com o alheio.

5.1.3 Legitimação autônoma

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery²⁷ defendem uma legitimação autônoma para a condução do processo, no caso das ações coletivas para a defesa dos interesses difusos e coletivos.

Essa corrente foi criada com base na teoria do "direito de condução do processo" (*Prozessführungsrecht*) elaborada pelo alemão Hellwig, que defendia a autorização, pelo direito objetivo, à condução do processo por um terceiro que não tivesse relação com o direito material deduzido em juízo (pelo menos não uma relação direta).

Os defensores dessa corrente afirmam que a

"dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender o direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito. Não poderia ser admitida ação judicial proposta pelos 'prejudicados pela poluição', pelos 'consumidores de energia elétrica', enquanto classe ou grupos de pessoas. A legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozessführungsbefugnis): a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo".

6 Os entes legitimados à defesa dos interesses coletivos no direito brasileiro

O ordenamento brasileiro prevê o rol taxativo de legitimados ativos para atuar em demandas coletivas, não sendo possível ampliá-lo por

força de interpretação extensiva ou analógica. Instituiu-se uma legitimação ativa concorrente e disjuntiva, facultando a intervenção de outras associações legitimadas, bem como do Poder Público, como litisconsortes de qualquer das partes (artigo 5º, § 2º, da Lei nº 7.347/85).

Assim, como legitimados habilitados para defesa de interesses meta-individuais podemos citar: Ministério Público, órgãos da Administração Pública Direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), órgãos da Administração Pública Indireta (Autarquias, Fundações, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista), entidades sem personalidade jurídica, associações, sindicatos, fundações privadas, partidos políticos, o cidadão e o indivíduo, melhor analisados separadamente abaixo.

6.1 O Ministério Público

Entre os co-legitimados ativos cumpre citar em primeiro plano o Ministério Público.

Em face de suas atribuições constitucionais de defesa da sociedade e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, artigo 127, c/c artigo 129, II e III) e da qualificação profissional de seus membros, o Ministério Público, dentre os demais legitimados, é certamente o órgão mais bem aparelhado para promover a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, em nível judicial. Há uma vocação natural para o mister, o que explica o grande volume de ações propostas pelo Parquet sobre a matéria.

Além de promover a persecução penal contra aqueles que praticam as condutas típicas descritas no Código do Consumidor e demais leis protetivas, o Ministério Público está autorizado a instaurar e presidir o inquérito civil, requisitando de qualquer órgão público ou particular, documentos, certidões, informações e perícias, para instruir o próprio inquérito civil ou ação judicial, incidindo em desobediência aquele que se recusar ou retardar o atendimento da requisição (Lei nº 7.347/85, arts. 8º, §§1º e 2º, e 10 c/c Lei nº 8.078/90, art.90).

Hugo de Nigro Mazzilli, citado por Gregório Assagra²⁸, observa que três momentos marcaram extraordinário crescimento do Ministério Público como instituição. O primeiro foi a edição da Lei Complementar Federal nº 40/81, a primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, assim considerada porque definiu um estatuto básico e uniforme para o Ministério Público Nacional, e dispôs sobre as suas principais atribuições, garantias e vedações. Observa que o segundo surgiu com o advento da Lei nº 7.347/85, denominada Lei da Ação Civil Pública, que conferiu legitimidade ao Ministério Público para a defesa jurisdicional e administrativa (nesta com o inquérito civil e o termo de ajustamento de conduta) dos interesses e direitos difusos e coletivos. E, por fim, assinala como o terceiro momento, a Constituição da República de 1988, que ampliou suas funções e consagrou sua autonomia administrativa e funcional.

A primeira lei que legitimou ativamente o Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública foi a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81, artigo 14), logo após seguida pela LACP (Lei nº 7.347/85, artigo 5º). Após a Constituição de 1988, ainda outras leis conferiram legitimidade ativa ao Ministério Público para defesa de direitos coletivos lato sensu, como, por exemplo, a lei que regula o direito de pessoas portadoras de deficiências (Lei nº 7.853/89, artigo 3º); a lei dos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei nº 7.913/89, artigo 1º), onde o único legitimado é o Ministério Público; Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90, artigo 210); Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, artigo 82); as Leis nºs 8.429/92 e 8.625/93, do Patrimônio Público, e a Lei Antitruste (Lei nº 8.884/94, artigo 29).

Oportuno salientar que o Código do Consumidor, em seu artigo 117, acrescentou ao artigo 1º da LACP, o inciso IV, dispondo que o Ministério Público poderá ajuizar ação civil pública para a defesa de qualquer interesse ou direito coletivo.

O Ministério Público, portanto, é considerado o legitimado por excelência para a defesa de interesses coletivos lato sensu.

6.1.1 Ministério Público Federal e Estadual

A Constituição prevê a unidade nacional do Ministério Público ao dispor no artigo 127, § 1º, que: "são princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional".

Ocorre que muitas vezes a natureza dos interesses difusos não permite que a matéria fique circunscrita a limites geográficos, nem a restrições de organização judiciária, como por exemplo em matérias como direito do consumidor ou meio ambiente, haja interesse federal, estadual e municipal.

Acerca da atuação conjunta do Ministério Público Federal e Estadual, ou da atuação de ambos tanto na Justiça Federal, como na Estadual, a doutrina se divide.

Sustenta Nelson Nery Júnior que:

a) O Ministério Público dos Estados pode ajuizar, sozinho, ação civil pública na Justiça Federal e vice versa";

b) tal possibilidade decorreria dos princípios da unidade e da indivisibilidade, que informam a instituição do Ministério Público, expressamente consagradas no texto constitucional (artigo 127, §1º);

c) os arts. 5º da Lei nº 7.347/85 e 82 do CDC ao conferirem legitimação para agir ao Ministério Público, o fizeram "à instituição como um todo considerada, sem levar em conta suas divisões, não

sob o aspecto institucional, já que um é indivisível, mas para fins administrativos e funcionais"; d) na ausência de impeditivo legal, [...] está o Ministério Público Estadual autorizado a, representando a sociedade, atuar na Justiça Federal ou na Justiça de qualquer estado da Federação, já que a unidade e a indivisibilidade da instituição do Parquet assim o permitem.

Na mesma linha, Rodolfo de Camargo Mancuso²⁹ posiciona-se no sentido de admitir a atuação conjunta dos Procuradores da República e dos Promotores/Procuradores de Justiça, referindo que tal atuação não só é possível, mas também desejável. Nesse sentido, menciona as conclusões de tese apresentada e aprovada no VI Congresso Nacional do Ministério Público (São Paulo, 1985) por Hugo Nigro Mazzilli, Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Édis Milaré, onde foi apresentada e aceita idéia de *lege ferenda* no sentido de se admitir que nas ações civis ou penais relativas ao meio ambiente, propostas pelo *parquet* federal ou estadual, de acordo com as regras de competência, depois de ajuizada a ação por um deles, nela possa intervir o outro, na qualidade de assistente-litisconsorcial. A idéia é a de que a intervenção simultânea dos dois órgãos atende à necessidade de somar forças em defesa do meio ambiente, sendo sob todos os aspectos proveitosa: aumentaria a eficiência e estabeleceria entrosamento entre os dois setores da instituição.

Já João Batista de Almeida³⁰ é contrário à atuação conjunta dos órgãos do Ministério Público, bem como à atuação em justiças distintas. Defende o referido autor que:

A bipartição da Justiça comum em Federal (CF, arts. 106/110) e Estadual (CF, arts. 125 e 126) e a especialização por áreas - Trabalho, Eleitoral e Militar (CF, arts. 111 a 124) determinaram as atribuições do Ministério Público, em simetria ao órgão judiciário perante o qual atuam. Por isso mesmo, o artigo 128 declarou a subdivisão do Ministério Público em duas principais vertentes: o da União e o dos Estados e, dentro do primeiro, os ramos Federal (que compreende o eleitoral perante os Tribunais Superiores Regionais), do Trabalho e Militar. Nessa sorte o Ministério Público da União atua na mesma área da Justiça da União: a) o MP Federal perante os Tribunais e Juízes Federais, e também perante os Tribunais Eleitorais; b) o MP do Trabalho perante a Justiça do Trabalho de 2º Grau; c) o MP Militar perante a Justiça Militar; e d) o MP do

Distrito Federal e Territórios perante a Justiça respectiva, também integrante da chamada Justiça da União.

Na outra vertente, e em decorrência, o Ministério Público Estadual atua perante a Justiça dos respectivos Estados.

Também Wladimir Passos de Freitas³¹, desembargador federal, citado por João Batista Almeida, entende que a única conclusão possível é a de que cada órgão do Ministério Público só pode atuar na Justiça que, pela Constituição Federal, lhe é correspondente. Diz que é incogitável que o MP Eleitoral ingresse na Justiça Militar, o MP do Trabalho na Justiça Estadual e, da mesma forma, o Federal e o Estadual postulem perante órgãos do Poder Judiciário que não correspondem à sua origem. Critica, ainda, os defensores da possibilidade de atuação conjunta, asseverando que incorrem em lamentável equívoco e desvirtuada visão dos princípios da unidade e da indivisibilidade da instituição ministerial.

No mesmo sentido, Amir Sarti³² observa que não há lei que expressamente restrinja a atuação do Ministério Público Federal apenas perante as varas federais, nem que autorize o Ministério Público local a desempenhar suas funções nos juízos federais, apontando, no entanto, o sistema na direção de uma repartição tanto quanto simétrica entre as competências dos diversos órgãos que compõem o Poder Judiciário.

Particularmente, entendemos não haver qualquer óbice na atuação conjunta dos diferentes órgãos do Ministério Público (MP Federal e Estadual ou mesmo MP do Trabalho e Federal ou Estadual e assim por diante). Também entendemos que o ajuizamento de demanda pelo Ministério Público Estadual, por exemplo, em vara federal, não poderia ser obstaculizado, ante a ausência de vedação legal nesse sentido. Contudo, entendemos que, nesse caso, o Ministério Público Federal deveria ser necessariamente chamado a integrar a lide como litisconsorte necessário, já que sua função precípua é a atuação perante a justiça federal.

6.1.2 O Ministério Público e a defesa de direitos individuais homogêneos

No que se refere especificamente à legitimação do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos, a doutrina não é uníssona. Há quem defenda, como Ada Pelegrini Grinover³³ e Rodolfo de Camargo Mancuso³⁴, que a tutela dos interesses sociais, mencionada no artigo 127 da Constituição da República como atribuição do Ministério Público, equivale à defesa de interesses coletivos, qualquer que seja seu objeto.

Outra parcela da doutrina já é mais restritiva. Teori Zavaski³⁵ entende que

"o artigo 127 da CF atribui ao Ministério Público a defesa de interesses sociais, assim entendidos aqueles cuja tutela é importante para preservar a organização e o funcionamento da sociedade e para atender a suas necessidades de bem-estar e desenvolvimento. Direitos individuais só devem ser considerados como de interesse social quando sua lesão tiver alcance mais amplo que o da simples soma das lesões individuais, por comprometer também valores comunitários especialmente privilegiados pelo ordenamento jurídico".

Há ainda quem entenda³⁶ inclusive inconstitucional a legislação posterior à Constituição da República que confere ao Ministério Público a defesa de interesses individuais indisponíveis e homogêneos (artigo 25, III, Lei nº 8.625/93), já que o texto constitucional não trouxe tal previsão.

A jurisprudência do STJ³⁷, contudo, consolidou-se no sentido de permitir a defesa de interesses individuais homogêneos pelo Ministério Público, desde que relativos a uma das hipóteses previstas na lei, como meio ambiente ou consumidor (Lei nº 8.078/90, Lei nº 7.913/89, Lei nº 6.024/74) e que haja interesse coletivo de relevância social.

6.2 Órgãos da Administração Pública Direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal)

Também estão legitimados à promoção da defesa de interesses coletivos *lato sensu*, as pessoas jurídicas de direito público, em todos os níveis.

A legitimidade dos entes de direito público está prevista nos arts. 5º, *caput*, da Lei nº 7.347/85 e artigo 82, II, do Código do Consumidor.

A legitimação é concorrente e disjuntiva, ou seja, incumbe a qualquer dos legitimados, sem exclusividade.

A representação desses órgãos se dá na forma prevista no artigo 12, I e II, do CPC, também nas ações coletivas, por falta de disposição específica sobre a matéria. Em relação à União, aplica-se o disposto no artigo 131 da Constituição da República, que prevê que a Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial ou extrajudicialmente.

No que se refere à pertinência temática desses entes, a questão é complexa.

João Batista de Almeida³⁸ entende que as pessoas jurídicas de direito público possuem legitimidade à propositura de ação civil pública,

mas somente naquilo que diga respeito a seus interesses ou àqueles considerados sociais, respeitada, portanto, a pertinência temática. As-severa que:

[...] é imperiosa a análise do interesse de agir no caso concreto. É essencial que a ofensa ao bem tutelado relacione-se direta ou indiretamente com os entes públicos enumerados ou com um deles, para que se caracterize o interesse e justifique o ingresso em juízo. Alguns fatores ligados às características da lide determinam a ocorrência ou não desse interesse, como: a) a natureza do bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão; b) quantidade e localização dos titulares dos interesses lesados ou ameaçados. Da análise destes fatores decorre a existência ou não de atribuição para promover a defesa do bem tutelado, ficando a mostrar o vínculo existente. Inexistente ou não demonstrado esse vínculo, não se apresentará legitimado o ente público que não comprovou."

Também Hugo de Nigro Mazzilli³⁹, ao discorrer sobre a imprescindibilidade de pertinência temática para ajuizamento de ação civil pública por associação, pondera:

Devemos perquirir se o requisito de pertinência temática só se limita às associações civis, ou se também alcançaria as fundações privadas, sindicatos, corporações, ou até mesmo as entidades e os órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica. Numa interpretação mais literal, a conclusão seria negativa, dada a redação do artigo 5º da LACP e do artigo 82, IV, do CDC. Entretanto, onde há a mesma razão, deve aplicar-se a mesma disposição. Os sindicatos e corporações congêneres estão na mesma situação que as associações civis, para o fim da defesa coletiva de grupos; as fundações privadas e até mesmo as entidades da administração pública têm seus fins peculiares, que nem sempre se coadunam com a substituição processual de grupos, classes ou categorias de pessoas lesadas, para defesa coletiva de seus interesses. Assim, a nosso ver, analogicamente, deve-se aplicar o requisito da pertinência temática a esses co-legitimados.

Ainda, Kazuo Watanabe⁴⁰ observa que a ampla legitimidade dos entes públicos para a tutela dos interesses ou direitos especificamente dos consumidores decorre da Constituição, sendo a defesa em juízo uma das formas mais importantes de exercício dessa atribuição. Explica que a legitimação será concorrente disjuntiva sempre que os entes públicos tenham a atribuição de promover a defesa dos consumidores no caso concreto, em razão do vínculo que possuam com esses consumidores.

Menciona o referido autor:

Se nenhum nexa mantêm, porque os consumidores pertencem a outro Município ou a Estado diverso, evidentemente a legitimação ad causam não lhes diz respeito. Todavia, se os interesses ameaçados ou lesados guardam ligação com vários Municípios, qualquer deles poderá tomar a iniciativa da demanda. O mesmo ocorre com os Estados, cuja atribuição mais significativa é relativa aos interesses regionais, estaduais e interestaduais. Em linha de princípio, a União deverá se preocupar com os interesses de âmbito nacional, mas nada obsta a que se adote a iniciativa da tutela de interesses locais ou regionais, mormente na omissão dos demais co-legitimados.

Contudo, a doutrina não é unânime. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery⁴¹ entendem que não há nenhuma exigência da lei para que os órgãos da administração direta estejam legitimados à propositura da ação civil pública. Asseveram que:

O Estado federado do sul, por exemplo, pode ajuizar ACP na defesa do meio ambiente do Estado do Amazonas, porque o interesse processual na ACP é aferível em razão da qualidade do direito tutelado: difuso, coletivo ou individual homogêneo. Quando o Estado federado move ACP, não está ali na tutela de direito seu, individual, mas de direito que transcende a individualidade. Para a correta solução dos problemas processuais decorrentes da tutela jurisdicional dos direitos difusos e coletivos, não se pode raciocinar com o instituto do interesse processual, como se estivéssemos diante de tutela meramente individual. Assim, o Estado de São Paulo, legitimado que está pela norma comentada, tem, ipso facto, interesse processual em ajuizar ACP no Amazonas, para a tutela de interesses difusos.

Já a representatividade adequada dos entes públicos é presumida, para a defesa de interesses coletivos ou difusos. Não se perquire, para fins de legitimação, se tal defesa está entre as funções institucionais do ente público, já que esta é sua destinação em termos genéricos.

Quanto à atuação dos órgãos públicos, Rodolfo de Camargo Mancuso⁴² refere ser preocupante que, em havendo uma democracia participativa no que tange à legitimação ativa para propor a ação civil pública, haja tamanha falta de motivação para o exercício de tais demandas por parte desses entes, os quais entende como presumivelmente os maiores interessados na defesa de interesses meta-individuais. Assevera, ainda que a democracia participativa adotada na atual Constituição parece não ter seduzido os entes políticos, assumindo ainda o Ministério Público a maioria absoluta das iniciativas nesse campo.

6.3 Órgãos da Administração Pública Indireta (Autarquias, Agências Reguladoras, Fundações, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista)

A Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) elencou também entre os co-legitimados para sua interposição as autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista; enfim, todas as entidades paraestatais que compõem a chamada administração pública indireta da União, Estados, Municípios e Distrito federal.

Posteriormente, a partir da última década, assistiu-se ao incremento das chamadas "agências reguladoras", que surgiram para objetivar a redução da atividade estatal. Após a conversão do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) em autarquia (Lei nº 8.884/94), diversas agências reguladoras foram criadas, em diversos setores de relevância, podendo-se citar como exemplos a energia elétrica com a ANEEL (Lei nº 9.427/96), as telecomunicações com a ANATEL (Leis nºs 9.295/96 e 9.427/97), o petróleo com a ANP (Lei nº 9.478/97 e Dec. nº 2.455/98), a vigilância sanitária com a ANVISA (Lei nº 9.782/99), a saúde com a ANS (Lei nº 9.961/00) e águas com a ANA (Lei nº 9.984/00). Todos esses temas tratam de interesses meta-individuais, passíveis de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, as agências reguladoras também podem ajuizar, isoladamente ou em litisconsórcio com os demais co-legitimados, ações civis públicas ou coletivas, uma vez que são autarquias de regime especial.

No que tange à pertinência temática, essas entidades devem observar sua finalidade institucional, que deve estar relacionada com a proteção do bem jurídico que pretende tutelar. Assim, segundo Ricardo de Barros Leonel⁴³, "a princípio não é possível que uma determinada autarquia da área de ensino público proponha demanda relacionada ao consumo, mas sim a questões ligadas ao próprio ensino".

Além disso, entende João Batista de Almeida⁴⁴ que esses entes "devem demonstrar concretamente o interesse que possuem em determinada demanda, que deve relacionar-se necessariamente com a esfera de atuação, seja nacional, estadual ou local. Desse modo, a entidade autárquica de defesa do meio ambiente de determinado Estado terá interesse e estará legitimada a defender em juízo a população respectiva, mas não poderá fazê-lo em relação a fato ocorrido fora de suas divisas e que não atinja a sua população e sim a de Estado diverso".

6.4 Entidades sem personalidade jurídica

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 82, inciso III, ampliou a legitimidade ativa para interposição de ações civis públicas e coletivas para considerar também os entes públicos, mesmo que sem personalidade jurídica. Cita-se como exemplo o PROCON.

Rodolfo de Camargo Mancuso⁴⁵ refere ainda os Conselhos de Defesa do Consumidor, à semelhança do que se passa com análogos órgãos consultivo-executivos em campos diversos, como Conselhos Tutelares, na área da infância e juventude (Lei nº 8.069/90, artigo 131) e os Conselhos do Idoso (artigo 5º, da Lei nº 8.842/94; artigo 48 da Lei nº 10.741/03 - Estatuto do Idoso).

Também desses entes se exige pertinência temática, devendo os mesmos somente ajuizar demandas pertinentes a sua esfera de atuação, não se permitindo, outrossim, que o PROCON do Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, ingresse com ação para defesa de interesse coletivo de consumidores de outro Estado.

Interessante ainda registrar a posição de Rodolfo de Camargo Mancuso⁴⁶, que defende a legitimação ativa em ações coletivas para defesa de interesses difusos também a meros grupos ocasionais, não personificados e não organizados. Menciona que uma das características dos interesses difusos é a sua tendência à rápida transformação, devendo, muitas vezes, ser exercidos prontamente, não havendo tempo a rigorismos formais, e questiona:

Por exemplo, ante a iminência de um desastre ecológico numa pequena comunidade, não se pode exigir que o grupo de habitantes, interessado na defesa da natureza, se apresente formalmente revestido de um aparato associativo completo. Figure-se que num certo município não haja uma "associação de defesa" dos habitantes ou da região: ante a iminência de instalação de nova indústria poluidora, cujas emanações concorrerão para intoxicar a população e fazer perecer a cobertura vegetal das montanhas circunvizinhas, in-

daga-se: negar-se-á legitimação a um grupo de moradores que bate às portas da justiça pleiteando uma medida de urgência, capaz de sustar, ainda que provisoriamente, o dano ecológico? Sacrificar-se-ia o fundo, pela forma?

Conclui, confessando ser a matéria controvertida e que o acesso à justiça por esses grupos não-organizados e não-personificados poderia gerar certos abusos, mas entendendo que a personalidade jurídica deve ser dispensada nesses casos, buscando-se a qualificação para agir em critérios objetivos, como a capacidade de expressão coletiva do grupo e a natureza socialmente relevante de seu objeto.

6.5 Associações

Também as associações, como entidades civis de caráter privado, estão legitimadas à defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

As associações, em sentido amplo, compreendem os sindicatos, cooperativas e todas as demais formas de associativismo (artigo 174, § 2º, CF). É a sociedade civil atuando na defesa de seus membros, em juízo ou fora dele.

O fundamento para a legitimidade ativa das associações encontra respaldo em vários dispositivos constitucionais (artigo 5º, XVII, XVIII, XIX, XX E XXI, e artigo 174, § 2º). Já a Lei de Ação Civil Pública (artigo 5º, I e II, § 4º) e o Código de Defesa do Consumidor (artigo 82, IV) outorgam expressamente às associações legitimidade ativa para defesa de direitos coletivos *lato sensu*, exigindo, no entanto, alguns requisitos para atuação em juízo, quais sejam: a) que a respectiva associação esteja constituída há pelo menos um ano (Lei nº 7.347/85, artigo 5º, I), o que poderá ser dispensado pelo juiz quando presente manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica de dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido (artigo 5º, § 4º) e b) que dentre suas finalidades institucionais esteja a defesa de um dos bens jurídicos indicados no artigo 1º da Lei nº 7.347/85, seja ele o meio ambiente, consumidor, ordem econômica, livre concorrência ou patrimônio cultural (artigo 5º, II).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁴⁷ explicam que a legitimidade é aferível *ope legis*, bastando a associação preencher os requisitos legais para considerar-se legitimada, ao contrário do sistema americano da class action, onde a legitimidade é verificada pelo juiz que averigua se a associação possui adequada representatividade dos membros da classe que representa.

Doutrina e jurisprudência entendem também necessário que o objeto da demanda esteja entre as finalidades institucionais da associação, ou seja, que haja pertinência temática. A pertinência temática das asso-

ciações, melhor explicando, é a exigência de um elo de ligação entre o objetivo constante de seus estatutos (finalidade para qual foi criada) e o interesse objetivado no processo.

6.5.1 Necessidade de autorização dos associados

Algumas questões, no entanto, se apresentaram, trazendo divergências quanto à resolução. Assim foi com a necessidade ou não de autorização expressa dos associados à interposição de medida judicial. O artigo 5º, inciso XXI da Constituição Federal, dispondo que "as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente", utilizou duas expressões - "*legitimidade*" e "*representar*" - que designam institutos diversos, ensejando certa dificuldade de interpretação.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes⁴⁸ traz o posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira, de onde cumpre transcrever:

O que é particularmente interessante é a possibilidade que se abre às entidades associativas de agir em Juízo, em nome próprio, embora na defesa de direitos e de interesses que não lhes pertençam a elas próprias entidades, e sim aos seus filiados. Ao dizer isso, estou tomando posição sobre a natureza dessa figura jurídica: a mim parece que não se trata de uma hipótese de representação, ao contrário do que sugere o teor literal do dispositivo, logo adiante, quando usa o verbo 'representar'. Penso que aqui houve um cochilo técnico; o legislador constituinte não é especialista em Direito Processual, de sorte que não é de espantar que, aqui e acolá, nos defrontemos com alguma imperfeição, com alguma impropriedade desse ponto de vista. Mas o meu pensamento é o de que se trata, na verdade, de legitimação extraordinária, que poderá dar lugar, isto sim, a um fenômeno de substituição processual, e não a um fenômeno de representação; porque, se se tratasse de um fenômeno de representação, quem estaria na verdade, agindo em Juízo seriam os filiados individualmente considerados, embora por meio de representante e o fenômeno nada teria de curioso, ou de merecedor de atenção. (grifamos)

Posição contrária é defendida pelo Ministro Teori Albino Zavaski⁴⁹:

Direitos individuais homogêneos são simplesmente direitos subjetivos individuais, divisíveis e inte-

grados ao patrimônio de titulares certos, que sobre eles exercem, com exclusividade, o poder de disposição. Nessas circunstâncias, ao contrário do que ocorre com os direitos coletivos e difusos (que por não terem titular determinado são defendidos, necessariamente, por substitutos processuais), os direitos individuais, em regra, só podem ser demandados em juízo pelos próprios titulares. O regime de substituição processual aqui é exceção e, como toda exceção, merece interpretação restrita, podendo ser invocado somente nas hipóteses e nos limites que a lei autorizar (CPC, artigo 6º). O caráter excepcional da substituição processual resulta claramente evidenciado no artigo 5º, XXI, da Constituição que, ao atribuir às entidades associativas em geral legitimidade para atuar em juízo em defesa de seus filiados, condicionou tal atuação à autorização específica do associado, submetendo-a ao regime de representação. Desse dispositivo resulta confirmada a regra segundo a qual a defesa judicial de direitos individuais depende sempre de autorização, ou do titular do direito, ou da expressa disposição da lei. (grifamos)

Em julgado proferido no dia 15/09/1999, na Ação Ordinária 152-RS, a natureza do instituto previsto no artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, foi objeto de discussão no Tribunal Pleno do STF⁵⁰. O Ministro relator, Carlos Velloso, tendo em vista que havia nos autos procurações e autorizações concedidas apenas por parte da classe, defendeu que o julgado atingisse tão-somente os que deram permissão expressa, ao argumento de se tratar de representação. Tal voto acabou sendo vencido. Os Ministros do Excelso Tribunal seguiram, na ocasião, as reflexões do Ministro Sepúlveda Pertence que, citando os argumentos de Barbosa Moreira, asseverou:

Nem desconheço que, levada às últimas conseqüências a menção do dispositivo questionado à representação e entendida esta conforme a noção corrente do direito privado ordinário e pré-constitucional, seria difícil fugir à conclusão restritiva ora prestigiada pelo Ministro Presidente. Estou, porém, data vênia, em que a conclusão padece de um pecado mortal: o de reduzir a nada o alcance da norma constitucional inovadora, sem a qual - se se reclama para legitimar a associação

autorização individual de cada filiado - as coisas continuariam tal e qual.

De fato, antes da Constituição, a ninguém jamais ocorreu contestar, à luz da disciplina ordinária do mandato, que à pessoa jurídica pudessem ser outorgados poderes de representação de terceiros no processo, que contém em si o de outorgar mandato ad judicium a profissional habilitado.

Ora, o que se pretende reclamar são verdadeiras procurações, instrumentos de mandatos, cuja validade e eficácia independeriam da regra constitucional permissiva, que seria, pois, rotunda ociosidade.

Firmou-se, assim, posicionamento no sentido de que nos casos de legitimidade ativa das associações em demandas envolvendo seus filiados ou matéria relativa a seus objetivos é dispensada a apresentação de procuração.

Na contramão do posicionamento acima referido, sobreveio medida legislativa no sentido de exigir que em demandas coletivas ajuizadas por entidades associativas contra a administração pública direta, a petição inicial seja instruída com a relação nominal dos seus associados.

Dispõe o artigo 2º da Lei nº 9.497/97, introduzido pela Medida Provisória nº 2180-35, de 24.8.2001 (DOU 27.8.2001):

Art. 2º. A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrange apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. Parágrafo único - Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços. (grifamos)

A restrição vai de encontro ao disposto no artigo 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe:

*Art. 82. Para os fins do artigo 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:
[...]*

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear. (grifamos)

Kazuo Watanabe⁵¹ entende flagrantemente inconstitucional a norma editada pela citada Medida Provisória, por ferir a igualdade ao obstar o acesso à justiça. Entende ainda que "do ponto de vista processual o dispositivo confunde a figura da representação, para a qual a própria Constituição prevê a necessidade de autorização dos associados (artigo 5º, inc. XXI), com a legitimação às ações coletivas, introduzindo regra própria dos processos individuais, em que as associações litigam em nome próprio, representando os associados, para os processos de índole coletiva, em que as associações agem por direito próprio."

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery⁵² também entendem que a inconstitucionalidade da norma introduzida pela Medida Provisória acima referida é manifesta. Asseveram que:

São da essência da ação coletiva as eficácias subjetivas da coisa julgada, que se dão erga omnes ou ultra partes, conforme o caso. Como as ações coletivas ou são hipótese de legitimação autônoma para a condução do processo (direitos difusos ou coletivos) ou de substituição processual (direitos individuais homogêneos), é impertinente falar-se de: a) "autorização assemblear" para a associação mover a ação; b) "indicação nominal" e de "endereços" dos associados. Essas exigências são próprias do instituto da representação (pressuposto processual), da CF 5º, XXI, mas não da legitimação para agir (condição da ação), da CF, 5º, LXX, LACP, 5º, e CDC 82, IV. Quando a associação "representa" seus associados (CF, 5º, XXI) agindo em nome deles e não em nome próprio, deve estar expressamente autorizada e mencionar, nominalmente, quais os associados que estão sendo representados (lista nominal). Quando propõe ação, em nome próprio, está não na condição de representante, mas na de legitimado ativo para a condução do processo, sendo dispensáveis a autorização e a relação nominal com endereços.

O entendimento jurisprudencial, após a edição da referida MP 2180-35/2001, entretanto, vem se consolidando no sentido da exigibilidade de autorização expressa constante da ata da assembléia e rol de associados⁵³.

Por outro lado, cumpre ainda referir que, no caso de mandado de segurança coletivo impetrado por associação, não há que se exigir qualquer autorização dos associados, visto que o inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal não impõe tal restrição. É praticamente uníssona a jurisprudência, no sentido de ser dispensada a autorização dos associados quando da interposição do mandado de segurança coletivo⁵⁴.

6.5.2 Associação na defesa de direitos individuais homogêneos

Outra questão polêmica em relação às associações é a pertinente à defesa de direitos transindividuais que ultrapassem os interesses de seus associados.

A questão não parece oferecer maiores dificuldades quando o direito defendido é difuso, uma vez que é característica desses direitos a sua indivisibilidade. Assim, se uma associação de defesa do meio ambiente ajuizar demanda objetivando combate à poluição do ar, é evidente que em caso de eventual procedência os beneficiados não serão apenas os associados.

Contudo, a discussão é maior no caso de defesa de interesses individuais homogêneos, questionando-se se o proveito de eventual procedência da demanda se limitaria a seus associados.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 103, inciso III, prevê que em matéria de interesses individuais homogêneos, a procedência da demanda terá efeitos *erga omnes*, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores.

Hugo de Nigro Mazzilli⁵⁵ entende que "como as associações civis públicas estão em pé de igualdade com os demais co-legitimados ativos para a defesa de interesses transindividuais, nada impede que o pedido que façam beneficie também pessoas que delas não são associadas. O que importa é que tenham pré-constituição temporal mínima e finalidade institucional compatível".

No entanto, com a inovação legislativa restritiva em relação a demandas contra a Fazenda Pública, parece um tanto quanto contraditório exigir-se autorização assemblear e juntada de rol de associados aos autos para, posteriormente, vir a beneficiar mesmo quem não seja associado. Certamente o intuito da Medida Provisória acima referida foi o de restringir ao máximo o número de eventuais beneficiários em ação coletiva movida por entidade associativa contra a Fazenda Pública.

Percebe-se aqui, com a edição da MP 2180-35/2001, uma tentativa de impor um verdadeiro retrocesso aos avanços conquistados em matéria de legitimação das organizações associativas quando da edição da Constituição de 1988 e assim reconhecidos pelo próprio STF.

6.6 Sindicatos

Em que pese os sindicatos serem uma forma de associação, a sua legitimidade ativa para defesa de direitos coletivos *lato sensu* decorre de disposição constitucional. Prevê o artigo 8º, III, da Carta Magna que "ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas".

Quanto à atuação judicial dos sindicatos, bem observa Gregório Assagra Almeida⁵⁶ que, para defesa desses direitos coletivos, os sindicatos poderão: "a) impetrar mandado de segurança (artigo 5º, LXX, b, da CF); b) ajuizar dissídio coletivo (artigo 114, §2º, da CF); ou c) ajuizar ação civil pública ou ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos (esta prevista no artigo 91 *usque* art.100 do CDC) por possuírem natureza jurídica de associação civil."

Assim como as associações, também os sindicatos deverão demonstrar interesse, pertinência temática e representatividade adequada.

Sérgio Pinto Martins⁵⁷ entende que a Constituição consagrou apenas hipótese de legitimação ordinária aos sindicatos, para representação da categoria. Entende que a legitimação extraordinária (substituição processual) dos sindicatos decorre apenas de dispositivos de lei (artigo 195, § 2º, da CLT; artigo 872, parágrafo único, da CLT, e artigo 3º da Lei nº 8.073/90).

Já Hugo Nigro Mazzilli⁵⁸ assevera que

"quanto aos sindicatos a Constituição lhes permitiu a defesa judicial dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. Nessa linha, a lei ordinária conferiu às entidades sindicais a possibilidade de atuarem como substitutos processuais não apenas dos sindicalizados, mas também de todos os integrantes da categoria."

Nelson Nery Júnior⁵⁹ menciona que os sindicatos possuem legitimidade autônoma para condução do processo, podendo propor quaisquer ações necessárias para a tutela de interesses difusos.

Divergência doutrinária à parte, percebe-se que, a partir de 1988, os sindicatos ampliaram sua atuação em juízo na defesa dos interesses das categorias.

Até mesmo o Enunciado de Súmula nº 310 do TST, que restringia a atuação judicial dos sindicatos em defesa de seus associados, acabou por ser cancelada, por força da RA-TST 119/2003.

Nesta senda já se pronunciou recentemente o TST⁶⁰, admitindo o ajuizamento de ação coletiva por sindicato, sem a juntada de rol dos associados. Interessante o posicionamento do Ministro Relator João Oreste Dalazen, no julgamento do RR 488.517/98.0, merecendo transcrição:

A princípio, comunguei do entendimento de que o fornecimento do rol de substituídos constitui condição de procedibilidade para ajuizamento da ação em que o sindicato, na qualidade de substituto processual, postula em favor de seus substituídos.

Todavia, refletindo mais detidamente sobre essa delicada questão, convenci-me de que, para tanto, não se faz necessário rol de substituídos na demanda proposta pelo sindicato.

Em primeiro lugar, porque não há lei que o exija. Ao contrário, o Código de Defesa do Consumidor, aplicável supletivamente ao processo trabalhista (CLT, artigo 769), ao disciplinar as demandas coletivas, em momento algum cogita de rol de substituídos.

Em segundo lugar, porque, em se admitindo, como se tende a admitir hoje, que a substituição processual sindical dá-se em prol de direitos individuais homogêneos de todos os empregados da empresa demandada integrantes da categoria profissional representada pelo substituto, não faz mais sentido exigir-se rol de substituídos na demanda coletiva, porquanto o empregado, autor da ação individual de igual objeto, necessariamente será atingido pela decisão proferida na demanda coletiva. Penso até que outrora, ao tempo em que se restringia o âmbito da substituição processual sindical aos associados, poder-se-ia justificar semelhante formalidade, a bem da liquidação de sentença e do maior favorecimento ao direito de defesa do demandado. Sobrevindo, porém, o cancelamento da Súmula nº 310 do TST, a exigência do rol de substituídos constitui também excrescência.

Em terceiro lugar, a presença do rol de substituídos propicia ao empregador exercer sobre o empregado ostensivamente substituído, de forma mais intensa e freqüente, constrangimento, pressões e até retaliações ilegítimas que, não raro, comprometem o escopo da substituição processual sindical.

6.7 Fundações privadas

O artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) admitiu a legitimação das fundações, na defesa de interesses coletivos *lato sensu*. A lei não esclareceu se a referência era apenas às fundações públicas, em

que pese ter sido citada entre entes estatais, constando só ao final do dispositivo legal a menção às associações.

Contudo, como a lei não distinguiu expressamente, o entendimento deve ser no sentido da admissibilidade ao ajuizamento da ação civil pública também por fundações privadas. É o que defendem Hugo Nigro Mazzili⁶¹ e Nelson Nery Junior⁶².

6.8 Partidos políticos

Os partidos políticos, consoante artigo 17, parágrafo 2º, da Constituição da República, possuem personalidade jurídica de direito privado, devendo registrar seus estatutos junto ao Tribunal Superior Eleitoral.

O que ocorre com os partidos políticos é um fenômeno associativo diferente. Os partidos políticos não têm como razão de ser a satisfação de interesses ou necessidades particulares de seus filiados, nem são eles o objeto das atividades partidárias. Os partidos políticos visam a objetivos externos, só remotamente relacionados a interesses específicos de seus filiados. O objeto das atenções partidárias são os membros da coletividade em que atuam, independentemente da condição de filiados.

A Constituição da República assegura aos partidos políticos, com representação no Congresso Nacional, a interposição de mandado de segurança coletivo (artigo 5º, LXX, "a"), bem como o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, VIII).

A Constituição não restringe a legitimação dos sindicatos à defesa dos interesses dos seus filiados. No entanto, o STJ⁶³ entende que, quando a Constituição autoriza um partido político a impetrar mandado de segurança coletivo, só pode ser no sentido de defender os seus filiados e em questões políticas, ainda assim, quando autorizados por lei ou pelo estatuto e com expressa autorização dos filiados.

Petrucio Ferreira da Silva⁶⁴, citando José Lázaro Alfredo Guimarães, assevera que não se deve restringir o alcance da legitimação ativa do partido político, no mandado de segurança, mas, caso a caso, verificar a existência de nexo entre os fins sociais do partido e o interesse perseguido. Conclui enfatizando que não se pode negar aos partidos políticos "o *jus standi in judicio*, quer em nome próprio e em defesa de seus próprios interesses, enquanto pessoa moral, como, igualmente, no exercício de uma legitimação extraordinária, na qualidade de substituto processual, em seu nome próprio e na defesa dos interesses de um, vários ou de todos os seus filiados, em plenitude exercitar sua capacidade de apresentação."

6.9 Cidadão

O cidadão é legitimado ativo, por excelência, para interposição de ação popular. É o que dispõem os arts. 5º, LXXIII, da Constituição da República e o artigo 1º da Lei nº 4.717/65.

Pode, portanto, o cidadão brasileiro ingressar com ação popular para anular ato ilegal ou ilegítimo lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe. Tem, portanto, "direito a uma gestão eficiente e proba da coisa pública (patrimônio público, meio ambiente, moralidade administrativa)"⁶⁵.

Entende-se por cidadão o brasileiro que esteja no gozo dos direitos políticos, estabelecendo o artigo 2º, §3º, da Lei nº 4.717/65, que "a prova da cidadania para ingresso em juízo será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda." Ficam, assim, excluídas, as pessoas jurídicas (Súmula 365, STF), bem como o Ministério Público, que poderá assumir o pólo ativo em caso de desistência da ação pelo autor popular, ou de extinção sem julgamento de mérito (artigo 9º da Lei nº 4.717/65).

Dessa forma, necessária a concomitância da condição de brasileiro e eleitor para propositura da demanda.

Também o cidadão (brasileiro e eleitor) menor de 18 anos pode propor a ação, não necessitando de assistência, eis que direito político. Contudo, a exigência de capacidade processual não é direito político, devendo o menor ser, também, representado em juízo por advogado.

No que tange à qualificação jurídico-processual do cidadão como autor da ação popular, não é uníssona a doutrina. Agiria ele como substituto processual ou em legitimação ordinária?

É expressiva a parcela da doutrina que defende a substituição processual do autor popular, ou seja, que entende que o cidadão - autor da ação popular - não defende direito seu em juízo, mas da comunidade que integra.

Mancuso⁶⁶ cita como defensores desse posicionamento: José Frederico Marques, Seabra Fagundes, Antônio Carlos de Araújo Cintra, João José Ramos Schaefer, Ada Pelegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Ephraim de Campos Júnior, Péricles Prade, Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, Theotônio Negrão e Nelson Nery Junior.

Já à frente da defesa da legitimação ordinária, ou seja, de que o cidadão que intenta a ação popular o faz em nome próprio, está José Afonso da Silva, seguido por Álvaro Luiz Valery Mirra, Wagner Brússulo Pacheco, Luis Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, J.J. Calmon de Passos, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Hely Lopes Meirelles, Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci e Ricardo de Barros Leonel, todos também referidos por Mancuso⁶⁷.

Por fim, cumpre referir que parcela da doutrina critica o entendimento de que cidadão é todo brasileiro eleitor. Pugna pela ampliação de tal conceito, fazendo-se admitir qualquer pessoa como parte legítima à propositura da ação popular. Segundo Sérgio Monte Alegre, citado por Nilton Luiz de Freitas Baziloni⁶⁸, a Constituição utiliza a palavra "cidadão" nem sempre a equiparando à palavra "eleitor". Cita como exemplo o artigo 64 da ADCT, que refere que cada cidadão deverá receber um exemplar da Constituição. Assevera que tal dispositivo certa-

mente não está limitado a cada "eleitor". Também menciona o artigo 58, parágrafo 2º, inciso V, da Carta Magna, que dispõe que as Comissões da Câmara e do Senado, ou as do Congresso Nacional podem solicitar depoimentos a qualquer cidadão, onde novamente não deve pretender limitar tal possibilidade somente aos eleitores.

Várias são as propostas de *lege ferenda* no sentido de admitirem-se também no pólo ativo da ação popular outras pessoas, sobretudo pessoas jurídicas ou entidades públicas, mesmo havendo hoje um grande leque de opções para ajuizamento de ações coletivas com finalidades semelhantes conferidas, por exemplo, ao Ministério Público (Lei nº 7.347/85, Lei nº 8.429/92 e Lei nº 8.625/93), dentre outros legitimados.

Interessante ainda salientar que o cidadão, como autor da ação popular e acaso haja interesse público, pode ser assistido pela "pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação", consoante dispõe o artigo 6º da Lei nº 4.717/65.

6.10 Indivíduo

A nossa legislação não atribuiu, como fez a diversos entes e órgãos, a legitimação do indivíduo para propositura de ações coletivas.

Ocorre que, em certos casos, o direito do indivíduo, ainda que voltado à defesa de sua saúde e tranqüilidade, por exemplo, pode refletir em toda coletividade, demandando decisão uniforme. É o que acontece quando o bem jurídico tutelado é de impossível divisão.

Portanto, como a Constituição assegura o acesso à justiça (artigo 5º, XXXV), a lesão ou ameaça de lesão, mesmo que afete várias pessoas, pode ser objeto de pedido de reparação de apenas uma. É o que acontece, normalmente em questões ambientais. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes⁶⁹ cita como exemplo a poluição sonora, provocada por obra municipal em pequena comunidade desprovida de associação de moradores e com o cargo da promotoria vago. Questiona se nesse caso os moradores estariam fadados a suportar o barulho, aguardando a designação de novo promotor ou a formação de uma associação. Acertadamente conclui pela resposta negativa, "diante do comando constitucional, inscrito principalmente nos princípios da inafastabilidade da prestação jurisdicional e do devido processo legal."

7 Conclusão

Através da análise dos entes legitimados à tutela de interesses de massa no nosso ordenamento jurídico, conclui-se que o nosso sistema abrange um grande leque de "corpos intermediários" para proteção de tais interesses, havendo, contudo, ainda campo para ampliação legal desses entes, bem como abrandamento de certas restrições e exigências para seu comparecimento em juízo.

Do presente estudo, decorrem como conclusões:

- A evolução da vida em sociedade trouxe novas formas de lesão e novas formas de conflitos, conhecidos como conflitos de massa.
- Os conflitos de massa passaram a exigir uma nova visão do ordenamento processual, que de uma ótica individual necessitou adaptar-se a uma ótica coletiva.
- A mudança de visão permitiu a expansão de determinados institutos, como a legitimação extraordinária.
- Ao se analisar a possibilidade de defesa judicial de direitos de massa, uma das primeiras questões que surge é a de "quem" pode defender tais interesses.
- A legitimidade para defesa de direitos coletivos *lato sensu*, no ordenamento jurídico brasileiro decorre de disposição legal.
- A matéria atinente aos direitos coletivos e de massa é recente no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido a Lei nº 7.347/85 a mola propulsora a consolidar um verdadeiro sistema processual coletivo brasileiro.
- Em comparação com os demais sistemas jurídicos, pode-se afirmar com segurança, que o ordenamento brasileiro é um dos mais avançados e ricos na tutela de direitos coletivos *lato sensu*.
- O ordenamento brasileiro classificou os "direitos de grupo" em difusos, coletivos propriamente ditos e individuais homogêneos.
- Direitos difusos são aqueles caracterizados pela indeterminação de seus titulares; coletivos propriamente ditos são aqueles cujo titular é uma categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica, e individuais homogêneos são aqueles direitos essencialmente individuais, mas que, em virtude de uma origem ou fato em comum, são ou podem ser tratados coletivamente.
- O critério de distinção entre direitos difusos, coletivos propriamente ditos e individuais homogêneos mais aceito pela doutrina é aquele que leva em conta o tipo de pedido formulado na inicial.
- Há certa confusão na doutrina entre legitimação extraordinária e substituição processual, sendo esta espécie do gênero daquela.
- A substituição processual decorre de lei, sendo que nosso ordenamento não permite mais a substituição processual voluntária.
- A substituição processual não deve ser confundida com a representação; o substituto age em nome próprio na defesa de direito alheio; o representante age em nome e no mais das vezes sob a orientação ou por outorga do representado.
- A legitimação extraordinária pode ser classificada em: autônoma, subordinada, exclusiva concorrente e disjuntiva.
- Há três correntes doutrinárias que tentam justificar a legitimação para defesa nas ações coletivas: a que defende a legitimação ex-

traordinária; a que defende a legitimação ordinária e aquela que entende tratar-se de legitimação autônoma para condução do processo.

- O ordenamento jurídico brasileiro prevê rol taxativo de legitimados ativos para atuar na defesa de interesses coletivos, podendo ser citados: Ministério Público, órgãos da Administração Pública Direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), órgãos da Administração Pública Indireta (Autarquias, Fundações, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista), entidades sem personalidade jurídica, associações, sindicatos, fundações privadas, partidos políticos, o cidadão e o indivíduo.
- O Ministério Público é o legitimado ativo, por excelência, para defesa dos direitos de massa.
- A doutrina é conflitante no que tange à possibilidade de atuação conjunta dos órgãos do Ministério Público, bem como à atuação em justiças distintas (Federal, Estadual, do Trabalho, Militar e Eleitoral).
- Doutrina e jurisprudência resistem também em aceitar a atuação do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos, sendo que hoje prevalece o entendimento, principalmente na jurisprudência, de que é admitida tal atuação desde que seja em relação a uma das hipóteses previstas na legislação, como meio ambiente e consumidor (Lei nº 8.078/90, Lei nº 7.913/89, Lei nº 6.024/74) e que haja interesse coletivo e relevância social.
- Para os entes públicos da Administração Direta a adequada representação é presumida, sendo a pertinência temática exigida por parte da doutrina e dispensada por outra.
- Os órgãos da Administração Indireta também devem demonstrar pertinência temática.
- Os entes sem personalidade jurídica também são legitimados ativos à defesa de interesses de massa, devendo comprovar, contudo, pertinência temática à propositura da demanda.
- As associações - entidades civis de caráter privado - também estão no rol de legitimadas ativas à defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.
- O STF posicionou-se no sentido de admitir a propositura de demanda por associação sem a juntada aos autos de procuração de cada um dos associados.
- Na contramão de posicionamentos mais liberais, sobreveio Medida Provisória (nº 2180-35, de 24/08/2001) para exigir, nas ações coletivas propostas contra a administração pública direta, a juntada aos autos de ata da assembléia que autorizou a propositura da demanda, acompanhada da relação nominal dos associados.
- A maioria da doutrina entende flagrantemente inconstitucional a restrição à atuação das associações prevista na Medida Provisó-

ria 2180-35, de 24/08/2001, tendo sido, entretanto acolhida pela jurisprudência.

- A doutrina diverge sobre a defesa de direitos individuais homogêneos por associação, quando o resultado de eventual procedência da demanda pode aproveitar não-associados.
- Os sindicatos, como as associações, deverão comprovar adequada representação e pertinência temática para o ajuizamento de demanda coletiva.
- Com a revogação do Enunciado de Súmula de nº 310 do TST, a jurisprudência passou a aceitar o ajuizamento de demanda coletiva, por sindicato, sem a juntada do rol de substituídos.
- A Lei nº 7.347/85, ao admitir as fundações como legitimadas à propositura de demanda coletiva, não especificou tratarem-se de fundações públicas ou privadas, sendo que ambas devem ser admitidas como legitimadas.
- Os partidos políticos, na defesa de direitos coletivos, podem ajuizar mandado de segurança coletivo e ação direta de inconstitucionalidade.
- A Constituição não restringe a legitimação dos sindicatos à defesa dos interesses dos seus filiados, mas a jurisprudência só vem admitindo mandado de segurança coletivo, para defesa dos filiados e em questões políticas, ainda assim, quando autorizados por lei ou pelo estatuto e com expressa autorização.
- O cidadão é o legitimado por excelência para propositura de ação popular, sendo considerado como tal aquele que preenche a condição de brasileiro e eleitor.
- Também o cidadão (brasileiro e eleitor) menor de 18 anos pode propor ação popular.
- A doutrina diverge sobre a posição do cidadão: agiria ele como substituto processual ou legitimado ordinário?
- Parcela da doutrina propugna pela ampliação do conceito de cidadão, defendendo a ampliação para qualquer pessoa.
- A nossa legislação não atribui ao indivíduo a legitimação à propositura de demandas coletivas, mas em alguns casos a defesa de direitos individuais pode trazer reflexos coletivos, como no caso de questões ambientais.

Por fim, vale referir que na medida em que as ações coletivas se tornaram uma realidade nos tribunais pátrios, capitaneadas pela evolução da própria sociedade, que cada vez mais busca nesta espécie de demanda solução para os conflitos de massa, impõe-se a ampliação do leque de legitimados à propositura de tais demandas.

A ampla possibilidade de defesa de direitos coletivos permite prevenir a proliferação de numerosas demandas individuais com o mesmo objeto e causa de pedir. Também obsta a contradição de julgados e traz

uma resposta rápida às questões, agilizando o Poder Judiciário, que se vê desafogado de inúmeras demandas idênticas.

Faz-se necessário, contudo, que o Poder Judiciário esteja efetivamente aparelhado e instruído para tratar de tais demandas, sendo que a criação de varas judiciais especializadas em demandas coletivas poderia agilizar e dar maior publicidade a questões tratadas assim de forma molecular.

Notas

- 1 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública: da previsão normativa à realidade forense. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, nº 796, p. 11-38, fev. 2002.
- 2 REGO, Hermenegildo de Souza. Interesses difusos e conceitos tradicionais da legitimação ad causam interesse de agir, representação, substituição processual e limites subjetivos e objetivos da coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 11, nº 43, p. 260-275, jul./set. 1986, p.260 *et seq.*
- 3 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 156.
- 4 MANCUSO, **Interesses...** p. 177.
- 5 ARENHARDT, Sergio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Apud Ibidem*, p. 181.
- 6 GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- 7 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A legitimação para defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 1-6, jan./mar. 1995.
- 8 LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 106.
- 9 LEONEL, **Manual...**, p. 108.
- 10 ZAVASCKI, TEORI ALBINO. O Ministério Público e a defesa dos direitos individuais homogêneos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº 117, p. 173-186, jan./março 1993.
- 11 ZAVASCKI, TEORI ALBINO. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 329, p.147-160, jan/mar. 1995.
- 12 GRINOVER, *et al.*, **Código brasileiro...**, p. 750.
- 13 NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil do código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, 1/202. *apud* LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 92.
- 14 *Ibidem*.
- 15 ZANETI JUNIOR, Hermes. **Mandado de segurança coletivo: aspectos controvertidos**. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 69-70.
- 16 ZANETI, **Mandado de...**, p. 75.
- 17 ZANETI, **Mandado de...**, p. 93-95.
- 18 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária: direito processual civil (ensaios e pareceres)**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. *Apud* MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no direito comparado e na**

- cional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 242.
- 19 ALVIM, ARRUDA. Notas atuais sobre a figura da substituição processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, nº 106, p. 19-27, abr./jun. 2002.
- 20 *Ibidem*.
- 21 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 58, nº 404, p. 9-18, jun. 1969.
- 22 *Ibidem*.
- 23 Nesse sentido: Barbosa Moreira, Dinamarco, Yarshell, Zavascki, Vigliar, Pedro da Silva Dinamarco e Ephraim de Campos Júnior.
- 24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 208790/SP Relator: Min. Ilmar Galvão Julgamento: 27 set. 2000 DJU 15 dez. 2000.
- 25 RT 729/134.
- 26 Nesse sentido: Kazuo Watanabe e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro
- 27 NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY Rosa Maria de. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 1885.
- 28 ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo rumo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 507.
- 29 MANCUSO, Rodolfo de Cargó. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio, cultural e dos consumidores**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- 30 ALMEIDA, João Batista. **Aspectos controvérsios da ação civil pública: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- 31 FREITAS, Wladimir Passos de. *apud Ibidem*, p. 99
- 32 SARTI, Amir José Finocchiaro. Ação civil pública: legitimação, jurisdição e competência. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 24, nº 69, p. 312-322, mar. 1997.
- 33 GRINOVER *et al.*, **Código brasileiro...**, p. 545-546.
- 34 MANCUSO, **Interesses...**, p.25.
- 35 ZAVASCKI, **O Ministério Público...**, p. 173-186.
- 36 Nesse sentido: MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ministério Público: direitos individuais disponíveis e ação civil pública. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, nº 330, p. 251-260, abr./jun. 1995.
- 37 Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 292636/RJ. Relator: Min. Barros Monteiro Data da Decisão 11 jun. 2002. **DJU**: 16 set. 2002, p. 00190; BRASIL Superior Tribunal de Justiça. REsp 124201/SP. Relator: Min. Demócrito Reinaldo Data da Decisão 07 nov. 1997. DJ15 dez. 1997, p: 66237; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 89646/PR. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data da Decisão: 10 dez. 1996. DJU 24 fev. 1997. p. 340.
- 38 ALMEIDA, J., **Aspectos controvérsios...**, p. 110.
- 39 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 15. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 271.
- 40 GRINOVER *et al.*, **Código brasileiro...**, p. 759.
- 41 NERY JÚNIOR, NERY, **Código de...**, p. 1339.
- 42 MANCUSO, **Ação civil**, 1997.

- 43 LEONEL, **Manual do...**, p. 167.
- 44 ALMEIDA, J., **Aspectos controvertidos...**
- 45 MANCUSO, **Interesses...**, p. 245.
- 46 *Ibidem*, p. 218
- 47 NERY JÚNIOR; NERY, **Código de...**, p. 1340.
- 48 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 251-252, **apud** BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ações coletivas na Constituição de 1988**. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 16, nº 61, p. 187-200, jan./mar. 1991, p. 190.
- 49 ZAVASCKI, **Defesa de direitos...**, p. 147-160.
- 50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AO, nº 152-8-RS. j. 15 set. 1999, m.v., vencido o rel. Min. Carlos Velloso, **DJU** 03 mar. 2000, p. 19.
- 51 GRINOVER *et al.*, **Código brasileiro...**, p. 761.
- 52 NERY JÚNIOR; NERY, **Código de...**, p. 1367.
- 53 Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 497600 Proc.: 200300145415 UF: RS Data da decisão: 10 ago. 2004. **DJU** 06 set. 2004; BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. AC- 01001165287 Proc.: 199901001165287 UF: BA Data da decisão: 21 nov. 2001 **DJU** 09 jan. 2002; BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. AC - 588672 Proc.: 200270000790459 UF: PR Data da decisão: 26 ago. 2003. **DJU** 10 set. 2003.
- 54 Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ROMS 14849/SP. Relator: Min. Jorge Scartezini, **DJU**: 04/08/2003, p. 00333 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 23769/BA. Relatora: Min. Ellen Gracie Julgamento: 03 abr. 2002 **DJU** 30 abr. 2004. Em sentido contrário, exigindo autorização expressa dos associados para interposição de mandado de segurança coletivo: BRASIL. Tribunal Regional Federal 5ª Região. AMS - 76914 Proc.: 200081000019351 UF: CE Data da decisão: 15 abr. 2004. **DJU** 25 maio 2004.
- 55 MAZZILLI, **A defesa...**, p. 240.
- 56 ALMEIDA, G., **Direito processual...**, p. 521.
- 57 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2000, p. 644.
- 58 MAZZILLI, **A defesa...**, p. 240.
- 59 NERY JÚNIOR; NERY, **Código de...**
- 60 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. RR 488517/1998.0. Relator: Min. João Oreste Dalazen. **DJU** 05 nov. 2004.
- 61 MAZZILLI, **A defesa...**, p. 243-244.
- 62 NERY JÚNIOR; NERY, **Código de...**, p. 1340.
- 63 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRMS-DF 3867 - Proc. nº 199500055902. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro, Data da decisão 06 abr. 1995. **DJU** 03 jun. 1996, p. 19185.
- 64 GUIMARÃES, José Lázaro Alfredo. **apud SILVA, Petrucio Ferreira da**. Da dimensão da legitimidade processual dos partidos políticos. **Revista do Tribunal Regional Federal da Quinta Região**, Recife, v. 30. p. 39-50, 1997.
- 65 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular: proteção do erário público, do patrimônio cultural e do meio ambiente**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 153-154.
- 66 MANCUSO, **Ação popular...**, p. 158-159.

67 *Ibidem*.

68 MONTE ALEGRE, Sergio *apud* BAZILONI, Nilton Luiz de Freitas. **A coisa Julgada nas ações coletivas**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

69 MENDES, **Ações coletivas...**, p. 256.

Referências

AGUIAR, Leandro Katscharowski. **Tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e sua execução**. São Paulo: Dialética, 2002.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo rumo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, João Batista. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ALMEIDA, Renato Franco. O parquet na defesa dos direitos individuais homogêneos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, nº 790, p. 114-125, ago. 2001.

ALVIM, ARRUDA. Notas atuais sobre a figura da substituição processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, nº 106, p. 19-27, abr./jun. 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 16, nº 6, p. 187-200, jan./mar. 1991.

_____. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 58, nº 404, p. 9-18, jun. 1969.

_____. A legitimação para defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 1-6, jan./mar. 1995.

BAZILONI, Nilton Luiz de Freitas. **A coisa Julgada nas ações coletivas**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

BELINETTI, Luiz Fernando. Ações Coletivas - Um tema a ser ainda enfrentado na reforma do Processo Civil brasileiro - A relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 25, nº 98, p. 125-132, abr./jun. 2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Direitos individuais homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 26, nº 103, p. 189-198, jul./set. 2001.

_____. Depósito Bancário em caderneta de poupança. Não incidência do Código de defesa do consumidor. Questão de legitimidade para propositura da ação coletiva. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 25, nº 100, p. 193-207, out./dez. 2000.

CASTILHO, Ricardo dos Santos. **Direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. Campinas - SP: LZN Editora, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Coisa julgada e execução no processo coletivo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 80, nº 784, p. 68-82, fev. 2001.

DELGADO, José Augusto. Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual, doutrina e jurisprudência do STF. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 25, nº 98, p. 61-81, abr./jun. 2000.

_____. Reflexões sobre a substituição processual. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 64, p. 162-187, 1995.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no código de defesa do consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 18, nº 71, p. 139-153, jul.set. 1993.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Ação civil pública consumerista. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, nº 305, p. 40-60, mar. 2003.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FLAKS, Milton. Instrumentos Processuais de Defesa Coletiva. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 190, p. 61-77, out./dez. 1992.

GIDI ANTÔNIO. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras - uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, nº 108, p. 61-70, out./dez. 2002.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. A legitimidade dos Municípios para o ajuizamento de ações coletivas na defesa dos consumidores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, nº 805, p. 133-151, nov. 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública refém do autoritarismo. **Revista de Processo**, São Paulo, n 96, p. 28-36, out./dez.1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada *erga omnes* das ações coletivas. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, nº 307, p. 7-12, maio 2003.

_____. Da *Class Action for Damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 26, nº 101, p. 11-27, jan./mar. 2001.

LACERDA, Galeno. Limites à atuação do Ministério Público, no que concerne ao inquérito civil e à ação civil pública - Limites no controle da atividade bancária - Distinção entre operações e serviços de bancos - Só os serviços se enquadram nas relações de consumo, sujeitas à fiscalização do MP. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 333, p. 193-202, jan./mar. 1996.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Cargo. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio, cultural e dos consumidores**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Ação Popular**: proteção do erário público, do patrimônio cultural e do meio ambiente. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. A concomitância de ações coletivas, entre si, e em face das ações individuais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, nº 782, p. 20-47, dez. 2000.

_____. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. A projetada participação equânime dos co-legitimados à proposição

da ação civil pública: da previsão normativa à realidade forense. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, nº 796, p. 11-38, fev. 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ministério Público: direitos individuais disponíveis e ação civil pública. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, nº 330, p. 251-260, abr./jun. 1995.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 15. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Patrícia Pimentel. A efetividade da tutela jurídica do consumidor através da atuação do Ministério Público. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, nº 779, p. 140-154, set. 2000.

REGO, Hermenegildo de Souza. Interesses difusos e conceitos tradicionais da legitimação ad causam, interesse de agir, representação, substituição processual e limites subjetivos e objetivos da coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 11, nº 43, p. 260-275, jul./set. 1986.

ROCHA, Ibraim José Das Mercês Rocha. Tutela de interesses meta-individuais - escopo dos sistemas de pressupostos de legitimidade ativa - a contramão da história: medida provisória 1.984-24, de 24/

11/2000, que acresceu parágrafo único aos artigos 1º e 2º da Lei nº 7.347/85. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, nº 787, p. 57-81, maio 2001.

ROCHA, Luciano Velasque. Por uma conceituação de ação coletiva. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, nº 107, p. 269-276, jul./set. 2002.

ROMANO, Rogério Tadeu. A legitimidade dos Sindicatos, Associações, Ministério Público e Partidos Políticos para o ajuizamento de ações. **Revista da Procuradoria Geral da República**, São Paulo, nº 10, p. 233-236, 1997.

SARTI, Amir José Finocchiaro. Ação civil pública: legitimação, jurisdição e competência. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 24, nº 69, p. 312-322, mar. 1997.

SCHÄFER, Gilberto. **Ação civil pública e o controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

SILVA, Petrucio Ferreira da. Da dimensão da legitimidade processual dos partidos políticos. **Revista do Tribunal Regional Federal da Quinta Região**, Recife, v. 30, p. 39-50, 1997.

_____. Da legitimação extraordinária, inclusive na Constituição de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 16, nº 64, p. 80-91, out./dez. 1991.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Ação civil pública - Operação bancária de caderneta de poupança - Inaplicabilidade de ação civil pública - Inocorrência de relação de consumo - Direitos individuais homogêneos - Carência de ação e coisa julgada. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 93, nº 339, p. 209-227, jul./set. 1997.

_____. Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, nº 788, p. 57-75, jun. 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública: falta de legitimidade e de interesse do Ministério Público. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 86, nº 745, p. 75-100, nov. 1997.

_____. Ação civil Pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 19, nº 56, p. 35-55, nov. 1992.

WALD, Arnaldo. Usos e abusos da ação civil pública (análise da sua patologia). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, nº 329, p. 3-16, jan./mar. 1995.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Derechos Colectivos Lato Sensu: La definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos stricto sensu y de los derechos individuales homogêneos. In: GIDI, Antonio; MACGREGOR, Eduar-

do Ferrer (Coord.). **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogêneos: hacia un código modelo para iberoamérica**. México: Porrúa, 2003. p. 45-62.

_____. **Mandado de segurança coletivo**: aspectos controvertidos. Porto Alegre: Fabris, 2002.

ZAVASCKI, TEORI ALBINO. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 329, p. 147-160, jan./mar. 1995.

_____. O Ministério Público e a defesa dos direitos individuais homogêneos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº 117, p. 173-186, jan./março 1993.

Jurisprudência

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. REsp 124201/SP. Relator: Min. Demócrito Reinaldo Data da Decisão 07 nov. 1997. **DJU** 15 dez. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRMS-DF 3867 - Proc. nº 199500055902. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro, Data da decisão 06 abr. 1995. **DJU** 03 jun. 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 292636/RJ. Relator: Min. Barros Monteiro Data da Decisão 11 jun. 2002. **DJU** 16 set. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 497600 Processo: 200300145415 UF: RS Data da decisão: 10 ago. 2004. **DJU** 06 set. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 89646/PR. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data da Decisão: 10 dez. 1996. **DJU** 24 fev. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ROMS 14849/SP. Relator: Min. Jorge Scartezini. **DJU**: 04/08/2003, BRASIL. Su-

premo Tribunal Federal. MS 23769/BA. Relatora: Min. Ellen Gracie Julgamento: 03 abr. 2002. **DJU** 30 abr. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AO, nº 152-8-RS. j. 15 set. 1999, m.v., vencido o rel. Min. Carlos Velloso. **DJU** 03 mar. 2000.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. AC - 01001165287 Proc.: 199901001165287 UF: BA Data da decisão: 21 nov. 2001. **DJU** 09 jan. 2002.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. AC - 588672 Proc.: 200270000790459 UF: PR Data da decisão: 26 ago. 2003. **DJU** 10 set. 2003.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 5ª Região. AMS - 76914 Proc.: 200081000019351 UF: CE Data da decisão: 15 abr. 2004. **DJU** 25 maio 2004.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Proc. RR 488517/1998.0. Relator: Min. João Oreste Dalazen. **DJU** 05 nov. 2004.

O novo regime do agravo instituído pela Lei nº 11.187/05

Guilherme Dieckmann

*Advogado da Caixa no Rio Grande do Sul
Especializando em Direito Público pela PUC/RS*

RESUMO: A finalidade do presente artigo é a de repercutir as principais alterações promovidas pela Lei nº 11.187/2005 relativamente ao regime do agravo, em especial no que diz respeito à imposição da interposição do agravo retido como regra, e a irrecorribilidade das decisões do relator atinentes à agregação de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, e a conversão deste em agravo de instrumento.

Palavras-chave: Reforma processual. Agravo de instrumento e agravo interno. Conversão. Efeito suspensivo.

1 Introdução - A Lei nº 11.187/05 e as reformas processuais

A Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, deu nova redação aos arts. 522, 523 e 527, e revogou o § 4º do artigo 523, todos do CPC. A mudança sedimenta um novo regime para a interposição do agravo, e consiste em mais um capítulo das reformas implementadas recentemente no Código de Processo Civil para torná-lo apto a dar celeridade e efetividade à prestação jurisdicional¹.

Tornou-se lugar-comum entre os estudiosos a constatação de que o sistema recursal, na forma como consagrado no CPC, é um dos fatores primordiais da morosidade e do alto custo que envolve a prestação da jurisdição. É Ovídio Araújo Baptista da Silva² quem diz "que os recursos constituem um dos pontos que mais contribuem para a morosidade da justiça em nosso país"; mas, em que pese tal dado há muito conhecido, "ninguém está disposto a revisá-los, com o objetivo de reduzir-lhes o número ou dar-lhes disciplina que faça minimamente declinar o peso extraordinário de sua significação. Ao contrário, as modificações introduzidas no Código de Processo Civil visam a fortalecê-los ainda mais, pela transferência para os tribunais da modesta parcela de poder de que ainda desfrutavam, há alguns anos, os magistrados de primeira instância."

Cândido Dinamarco³, a respeito da *primeira reforma* do CPC introduzida pela Lei nº 9.139/95, revela:

As críticas da doutrina e reclamações dos juízes de segundo grau centram-se principalmente no grande volume de interposições, proporcionado pela apresentação direta dos agravos a estes e motivado pelo afã dos litigantes em buscar satisfação rápida para suas aspirações desatendidas pelo juiz inferior. Não é exagerado dizer que se chegou ao ponto de uma verdadeira demonização do novo agravo de instrumento, como o grande vilão responsável pela sobrecarga e lentidão dos trabalhos dos tribunais de segundo grau.

O doutrinador, ao tratar da *reforma da reforma* (Lei nº 10.352/01), entendia que "era tempo de ousar mais", pois "a situação caótica dos tribunais de maior movimento é uma emergência que está a clamar por soluções, senão radicais e drásticas, que sejam suficientemente severas e capazes de pôr cobro ao excesso de agravos de instrumento". O jurista sugeriu, então, que fosse positivada a vedação de utilização do agravo de instrumento contra decisões em matéria probatória, e também o apenamento expresso ao agravante que se valesse do agravo de instrumento contra decisão excluída pela lei, impondo-lhe multa em regime de responsabilidade objetiva⁴.

A respeito do problema de política legislativa no que concerne à recorribilidade ou não das decisões interlocutórias, José Carlos Barbosa Moreira⁵ esclarece:

Há duas soluções radicais, diametralmente opostas: uma consiste em negar a possibilidade de impugnar-se qualquer interlocutória, reservada ao recurso que couber contra a decisão final a função de acumular em si todas as impugnações, seja qual for a matéria sobre que versem; outra, em tornar desde logo recorríveis as interlocutórias, cada uma de per si, de modo que a revisão pelo juízo superior se faça também paulatinamente, questão por questão, à semelhança do que ocorre na primeira instância, e à proporção que o processo vai atravessando, nesta, as suas diferentes fases.

Percebe-se que a *política legislativa* adotada relativamente à recorribilidade das decisões interlocutórias, desde a Lei nº 10.352/01 até a recente Lei nº 11.187/05, é a de estabelecer um meio termo entre as soluções apontadas por Barbosa Moreira, distinguindo-se, assim, uma

classe de decisões interlocutórias recorríveis desde já por meio de agravo de instrumento, e outra classe de decisões interlocutórias, contra as quais é imperativo o manejo do agravo retido.

É oportuno destacar, neste passo, que a difusão do manejo do agravo é, de certa maneira, inerente ao processo civil praticado modernamente, sobretudo diante das exigências de celeridade da prestação jurisdicional para a solução da lide, que ensejou na autorização para concessão liminar de providências urgentes sob cognição superficial (através da nova redação do famigerado artigo 273 do CPC, promovida pela Lei nº 9.494/97)⁶ e, como decorrência natural, a proliferação de decisões interlocutórias passíveis de causar dano à parte.

Passa-se, então, a breves palavras a respeito das modalidades de agravo, seguidas de análise de algumas das modificações implementadas pela Lei nº 11.187/05 no regime dos agravos.

2 Modalidades do agravo

O agravo é o recurso previsto no CPC para, no prazo de 10 dias, *atacar* as decisões interlocutórias, ou seja, aquelas proferidas no curso do processo e que não põem fim à demanda. É manejável em processo de conhecimento (ritos ordinário, sumário ou especial, de jurisdição contenciosa ou voluntária), de execução ou cautelar⁷.

O agravo se submete a dois regimes distintos: (a) de instrumento, interposto diretamente no tribunal; (b) e o retido nos autos, interposto perante o magistrado prolator da decisão atacada. De modo geral, a escolha entre uma e outra modalidade, antes da Lei nº 11.187/05, ficava a critério do agravante⁸, com exceção das hipóteses nas quais o agravo retido era obrigatório (§ 4º do artigo 523, com a redação dada pela Lei nº 10.352/01 - decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e decisões posteriores à sentença, salvo nos casos de dano de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida).

O agravo de instrumento, conquanto interposto diretamente no tribunal (artigo 524), não conta com o efeito suspensivo da decisão atacada. Com base no artigo 558 é que o agravante poderá pleitear - e o relator do agravo poderá conceder - o efeito suspensivo da decisão nos casos de lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação. Note-se que a interposição do agravo de instrumento, no regime anterior à Lei nº 11.187/05, não exigia maiores requisitos - bastava tratar-se de decisão interlocutória que não fosse referente àquelas previstas no § 4º do artigo 523.

O agravo retido, por sua vez, tem a função de evitar a preclusão sobre determinada questão e, pelo fato de ser interposto perante o magistrado prolator da decisão fustigada, somente será apreciado pelo tribunal na ocasião do julgamento da apelação eventualmente inter-

posta, desde que o agravante se reporte ao agravo expressamente nas razões de apelação ou nas contra-razões de apelação da parte adversa (artigo 523, caput, e seu § 1º).

3 A Lei nº 11.187/05

3.1 Agravo retido torna-se a regra geral

O regime instituído pela novel Lei nº 11.187/05 pretende fazer o agravo retido a regra, e o agravo de instrumento a exceção, e a intenção evidente é a de diminuir a quantidade de agravos de instrumento em trâmite nos tribunais¹⁰. Leonardo José Carneiro da Cunha¹¹ entende que essa modificação já havia sido introduzida, anteriormente, pela Lei nº 11.352/01:

Sempre se entendeu (...) que cabia à parte interessada a escolha entre a forma de interposição do agravo, optando por intentar o retido ou o de instrumento. Tal liberdade de escolha já havia sido eliminada pelas disposições contidas no Código de Processo Civil, desde o advento das mudanças levadas a cabo pela Lei nº 10.352/2001. Com efeito, a partir das modificações operadas por tal diploma legal, reservou-se o agravo de instrumento para casos de urgência, mantendo-se o retido para situações que não revelassem a necessidade de uma análise instantânea, imediata ou com brevidade pelo tribunal.

No entanto, era lícito concluir, pela redação do § 4º do artigo 523 do CPC conferida pela Lei nº 11.352/01, que a imposição do agravo retido dizia apenas com as decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e as posteriores à sentença, salvo nos casos de dano de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida. Veja-se que o dispositivo legal trata (a) das decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e (b) das posteriores à sentença, de modo que as exceções enumeradas em seguida se referem a estas decisões (as posteriores à sentença), e não a todas as decisões interlocutórias¹². O artigo 527, II do CPC, com a redação dada pela Lei nº 10.352/01, não pode ser invocado para sustentar o entendimento de que o agravo retido já ocupava a posição de honra na questão da recorribilidade das decisões interlocutórias, uma vez que dispõe expressamente que a conversão do agravo de instrumento em agravo retido era uma *faculdade* outorgada ao relator, e não uma imposição ao agravante. Assim, ainda no regime instituído pela Lei nº 10.352/01, podia-se dizer que a opção pela modalidade de agravo ficava ao encargo do agravante, a não ser nos casos ressalvados no dispositivo citado.

3.2 O novo artigo 522 e as três hipóteses de manejo do agravo de instrumento

A nova redação do artigo 522, dada pela Lei nº 11.187/05, dispõe, então, que caberá contra as decisões interlocutórias o agravo na forma retida, "salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida". Nestes casos, será admitida a interposição do agravo de instrumento. Essa nova redação do artigo 522 permite três conclusões: (a) cingem-se a três as hipóteses de interposição de agravo de instrumento¹³⁻¹⁴; (b) o agravo de instrumento, na primeira hipótese, conta com mais um requisito de admissibilidade, qual seja a suscetibilidade da decisão causar à parte lesão grave ou de difícil reparação; (b) o agravo de instrumento, caso admitido, terá, em regra, o efeito suspensivo.

3.2.1 *Decisão suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação*

Na primeira hipótese de interposição de agravo de instrumento, o agravante deverá fazer prova de que a decisão fustigada é suscetível de lhe causar lesão grave e de difícil reparação, não bastando que a decisão lhe imponha um gravame qualquer. Trata-se, pois, de mais um requisito de admissibilidade do recurso¹⁵, referente ao interesse em recorrer¹⁶, uma vez que em não se tratando de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, ou não sendo caso de inadmissão da apelação ou relativo aos efeitos em que a apelação é recebida, o relator *converterá* o agravo de instrumento em agravo retido, mandando remeter os autos ao juiz da causa (conforme redação nova do inciso II do artigo 527; na redação anterior, dada pela Lei nº 10.352/01, o relator *poderia* converter, e se falava que a conversão não era possível se se tratasse de provisão jurisdicional de urgência ou houvesse perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação)¹⁷.

Aqui se vê, na nova redação do artigo 522, o emprego de uma cláusula geral; ao invés de enumerar casuisticamente as situações nas quais caberia o manejo do agravo de instrumento, a Lei nº 11.187/05 se vale da cláusula geral "lesão grave e de difícil reparação". Como diria Karl Engisch¹⁸:

O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica. O casuismo está sempre exposto ao

risco de apenas fragmentária e <<provisoriamente>> dominar a matéria jurídica. Este risco é evitado pela utilização das cláusulas gerais.

O jurista alemão adverte, ainda, que "as cláusulas gerais não contêm qualquer delegação de discricionariedade, pois que remetem para valorações objectivamente válidas"¹⁹.

Dessa forma, a Lei nº 11.187/05 impõe que os operadores do Direito convivam com essa cláusula geral, redigida com emprego de conceito jurídico indeterminado, que torna fundamental a interpretação e a valoração dos tribunais no tocante à admissibilidade do agravo de instrumento - e essa interpretação e valoração deve ser juridicamente válida, inadmissível que é a discricionariedade na verificação da ocorrência das hipóteses legais.

Se, por um lado, é tormentoso trazer exemplos jurisprudenciais de casos nos quais se entendeu que uma decisão interlocutória era, de fato, suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação, de outro, é tranqüila a localização de decisões monocráticas nas quais se disse que determinada decisão de primeiro grau *não* era suscetível de causar tal gravame *qualificado*. Os eminentes desembargadores do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já emitiram decisões monocráticas, ainda na vigência da Lei nº 10.352/01, nas quais restou entendido que não eram suscetíveis de causar lesão grave e de difícil reparação as decisões concernentes às seguintes questões: preliminar de carência de ação²⁰, ilegitimidade passiva²¹ e ativa²², indeferimento de produção de provas²³, preliminar de transação²⁴.

Ocorre que nem sempre o recorrente terá interesse em agravar retidamente contra decisão que não seja suscetível de causar-lhe lesão grave e de difícil reparação. Ao escrever sobre a possibilidade de conversão, pelo relator, do agravo de instrumento em agravo retido, ainda no regime da Lei nº 10.352/01, Fabiano Carvalho²⁵ já advertia que:

Em determinadas hipóteses, ainda que não estejam presentes os requisitos da conversibilidade ('provisão jurisdicional de urgência' ou 'perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação'), não será lícito ao relator aplicar a regra do artigo 527, II, do CPC. Assim, por exemplo, no caso de interposição de agravo de instrumento por parte de terceiro prejudicado, tendo em vista que a retenção do agravo seria inócua de sorte que não haveria possibilidade de reiterá-lo nas razões ou contra-razões de apelação, pois, em verdade, o terceiro não é parte na relação jurídica processual.

Há, ainda, outras decisões que são agraváveis por instrumento e que impedem a conversão de regime: rejeição liminar de reconvenção ou ação declaratória incidental (artigo 325, CPC); exclusão ou inclusão de herdeiro no inventário; reconhecimento de conexão entre causas; concessão de prazo em dobro; decisão sobre valor da causa; negativa de homologação de acordo; rejeição ou acolhimento de exceção de incompetência, impedimento ou suspeição etc.

No processo de execução, por sua própria natureza, também, não se afigura correto (sic) a aplicabilidade do artigo 527, II, do CPC. Primeiro porque o processo de execução tem por objetivo a prática de atos de expropriatórios (sic) que causam prejuízos imediatos à parte; segundo porque, embora haja decisão que a lei chama de sentença (artigo 795, CPC), existem muitas dúvidas acerca da natureza jurídica a respeito desta decisão, na qual raramente há apelação.

Leonardo José Carneiro da Cunha também traz o exemplo da decisão que indefere pedido de denunciação da lide que, para o jurista, "não exsurge, em princípio, uma situação de grave lesão ou de difícil reparação, devendo a decisão ser combatida por agravo retido"²⁶. Esclarece o jurista que "é, porém, firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, mesmo cabível a intervenção de terceiro, não se deve anular todo o processo no qual já haja sentença proferida, eis que atentaria contra a economia processual. Logo, o agravo retido estaria, certamente, fadado ao insucesso, não garantindo qualquer utilidade à parte agravante. Nesse caso, embora não haja urgência, não sendo a insatisfação da parte submetida desde logo ao conhecimento do tribunal, será mantida a falta de intervenção do terceiro, não lhe conferindo qualquer utilidade o agravo retido". Por fim, menciona, ainda, o articulista que também a decisão sobre a competência do juízo é atacável via agravo de instrumento, "muito embora não haja uma urgência em sentido estrito, nem se possa, rigorosamente, definir essa situação como caracterizadora de uma lesão grave ou de difícil reparação".

Dinamarco²⁷ também entende que o agravo de instrumento é o recurso cabível no processo de execução. Ao comentar a nova redação do § 4º do artigo 523, dada pela Lei nº 10.352/01, dizia o jurista:

No processo executivo, em que só se profere sentença para declará-lo extinto, praticamente sem nada decidir em substância (artigo 795), é razoável que não haja lugar para a restrição contida na

nova redação do parágrafo, porque só de sentença cabe apelação e só quando interposta esta o agravo retido pode ser devolvido ao tribunal (artigo 523, caput). Ficaria, por isso, exageradamente comprometida a utilidade dos agravos a serem interpostos nesse processo.

"Com relação aos incidentes que surgem na execução, e que são muitos, nada impede que o interessado agrave de instrumento contra as decisões que os julgarem" (Theotônio Negrão) - até porque essa disposição "deve ser entendida inteligentemente" (ainda, Negrão). A inteligência repele a exigência de espera por uma apelação que provavelmente nunca ocorrerá. Além do mais, como na execução não há audiência e praticamente nada a decidir após proferida a sentença prevista no artigo 795 do Código de Processo Civil, nem haveria como incidirem as hipóteses do § 4º do artigo 523.

Angelina Mariz de Oliveira²⁸, em atenção às decisões interlocutórias proferidas no curso de ações de execução fiscal, constata:

as decisões interlocutórias proferidas em sede de execuções fiscais somente poderão ser objeto de agravo de instrumento, nunca de agravo retido, a despeito da omissão da lei sobre tal aspecto.

Ao apreciar essa questão, que já era possível em decorrência do inciso II do artigo 527 do Código de Processo Civil com a redação dada pela Lei nº 10.352/01, o Superior Tribunal de Justiça entendeu nesse mesmo sentido:

"Sem bens em garantia, o processo executivo fica suspenso, não recebendo sentença ou apelação. Assim, a apreciação do agravo na forma retida restaria impossibilitada".

"O agravo retido deve ser feito referência, como preliminar, no recurso de apelação. Não havendo mais julgamento, por meio de sentença, a possibilitar a interposição do recurso apelativo - por se tratar de incidente em execução -, o agravo retido tornar-se-á inócuo, de nada valendo".

Estão corretos Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, ao averbarem que o risco de lesão referido pela nova redação dos arts. 522 e 527, II, diz respeito não

apenas aos danos materiais, mas, também aos danos eminentemente processuais²⁹, como, p. ex., no caso da decisão que rejeita exceção de incompetência relativa³⁰.

É oportuna, ainda, a lembrança de Rodrigo da Cunha Lima Freire³¹⁻³² a respeito da decisão interlocutória sobre as condições da ação e os pressupostos processuais: uma vez que a decisão sobre tais questões não preclui, podendo ser analisada novamente a qualquer tempo pelo juízo até a sentença, e diante da característica do agravo retido que é a de evitar a preclusão sobre determinada questão, percebe-se a ausência de interesse em agravar retidamente sobre tais questões.

Fácil constatar que a dicção legal não permite uma catalogação a priori das situações nas quais será cabível o agravo de instrumento. Assim, nos casos concretos, impõem-se aos relatores dos agravos de instrumento uma interpretação que leve em conta os princípios orientadores do processo civil (v.g., economia processual e celeridade processual), bem como a verificação da eventual ausência de interesse da parte em interpor o agravo retido, característica das hipóteses legais de cabimento do agravo de instrumento.

3.2.2 As outras duas hipóteses - já conhecidas - de interposição do agravo de instrumento

A segunda hipótese de agravo de instrumento, já tradicionalmente conhecida, diz com a inadmissão da apelação, e se presta para levar ao tribunal o conhecimento da decisão que não admitiu a interposição da apelação (v.g., por intempestividade ou deserção). Tem-se, então, o "efeito laxativo", mediante o qual o agravante pleiteia ao tribunal o destrancamento do processamento da apelação no juízo a quo. Com a mesma finalidade é possível interpor o agravo de instrumento junto ao STJ ou STF para "fazer subir" o recurso especial ou o recurso extraordinário que tiveram seguimento negado no tribunal *a quo* (artigo 544).

Por fim, a terceira hipótese de manejo do agravo de instrumento se dá nos casos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida. Via de regra, a apelação é recebida no duplo efeito (artigo 520), ressalvados os casos nos quais a apelação é recebida unicamente no efeito devolutivo (incisos do artigo 520), proporcionando a execução provisória da sentença. Havendo desconformidade de uma das partes com a decisão do juízo *a quo* relativamente aos efeitos em que recebe a apelação, deve aquela interpor o agravo de instrumento para reformar tal decisão. Tanto nesta terceira hipótese, como na segunda, percebe-se que o agravante não teria interesse em agravar retidamente, pois a questão deve ser levada imediatamente ao conhecimento do tribunal, de modo a determinar o processamento da apelação (na segunda hipótese), ou corrigir a atribuição de efeitos à apelação (na terceira hipótese).³³

3.3 Conversão do agravo de instrumento em agravo retido - e a irrecorribilidade da decisão monocrática do relator

A Lei nº 10.352/01 imprimiu nova redação ao inciso II do artigo 527, conferindo ao relator a possibilidade de conversão do agravo de instrumento em agravo retido, caso a decisão hostilizada não se tratasse de "provisão jurisdicional de urgência" ou não houvesse "perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação"; contra a decisão do relator caberia *agravo* "ao órgão colegiado competente".

A Lei nº 11.187/05, por sua vez, deu nova redação a esse dispositivo, impondo ao relator a dita conversão (o relator "converterá", é a fórmula legal); além disso, a decisão *liminar* que converter o agravo de instrumento em agravo retido somente será "passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar" (parágrafo único do artigo 527, com a redação dada pela Lei nº 11.187/05), de maneira que a letra da lei exclui a possibilidade de manejo do *agravo* "ao órgão colegiado competente".

Leonardo José Carneiro da Cunha³⁴ flagrou, com precisão, a impropriedade da sistemática imposta pelo parágrafo único do artigo 527, em relação ao inciso II do artigo 527. São dele as seguintes palavras:

A disciplina legal, no que concerne ao inciso II, não fosse despropositada, seria risível. Determinada a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, somente (...) será passível de reforma no momento do julgamento do agravo (!?).

Ora, convertido o agravo de instrumento em agravo retido, essa decisão que determinou a conversão somente será revista quando for julgado o agravo retido...!? Não tem sentido a dicção da norma! Julgado o agravo retido, não há mais como ser desfeita a conversão, subtraindo-se a utilidade do agravo de instrumento então interposto. A regra ofende o princípio da efetividade (...). Sua inconstitucionalidade é, portanto, manifesta. Além do mais, é sabido que a norma não pode positivar situações esdrúxulas, absurdas ou impraticáveis, devendo, então, ser desconsiderada.

Neste ponto, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Medina³⁵ entendem que "há uma certa dose de cinismo na redação da lei, que não diz expressamente que *não cabe recurso destas decisões*, mas fixa um momento para que se redecida o assunto", mas que a alteração da decisão, eventualmente operada no julgamento do agravo retido, seria "no mínimo, inteiramente inútil!".

Tem-se, assim, que se o relator converter o agravo de instrumento em agravo retido, essa decisão só será "passível de reforma no momento do julgamento do agravo", e o momento de julgamento do agravo retido (exceto reconsideração do relator ou retratação do juízo a quo) será o do julgamento da apelação eventualmente interposta (artigo 523, *caput*). É intuitivo que a reforma da decisão, apenas neste momento, em muitos casos será inútil ou, no mínimo, impertinente e despidianda. Prevalecendo o entendimento de que (v.g.) as decisões sobre os pressupostos processuais e as condições da ação não são suscetíveis de causar lesão grave e de difícil reparação, de modo que o recurso cabível contra elas seria o agravo retido, pode-se figurar a situação de um processo que se desenvolveu contra parte que ocupou ilegitimamente o pólo passivo da demanda, e que no julgamento do agravo retido, preliminarmente ao julgamento da apelação, seja reformada a decisão que converteu o agravo de instrumento em agravo retido, acolhendo-se a preliminar de ilegitimidade passiva. Trata-se de agressão inescusável ao princípio da efetividade e da celeridade da prestação jurisdicional, uma vez que aquela questão já poderia ter sido solvida pelo tribunal, impedindo o processamento de ação fadada ao insucesso contra parte ilegítima.

3.4 Decisão sobre a concessão de efeito suspensivo - e a irrecorribilidade da decisão monocrática do relator

A nova redação do parágrafo único do artigo 527 dispõe ainda que a decisão do relator atinente à atribuição de efeito suspensivo ou ao deferimento, total ou parcial, da pretensão recursal em antecipação de tutela (inciso III do artigo 527), é irrecorrível, ou melhor, somente será passível "de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar".

Fabiano Carvalho³⁶, conquanto referindo ao projeto de redação do inciso II do artigo 527, que resultou na Lei nº 10.352/01 (mas cuja pertinência se revela ainda hoje e também em relação ao inciso III do artigo 527, com a redação dada pela Lei nº 11.187/05), observa que:

não seria de se admitir a ausência de recurso contra esta decisão, tendo em vista que os pronunciamentos do relator (decisões isoladas) devem, necessariamente, ficar ao controle do órgão colegiado. Ao não se aceitar a possibilidade de se interpor recurso contra a decisão que converte agravo de instrumento em agravo retido (bem como contra a decisão sobre a atribuição de efeito suspensivo e de antecipação da tutela recursal), inevitavelmente, a parte prejudicada se valerá do

*manejo do mandado de segurança, a fim de impugnar este pronunciamento*³⁷.

Afigura-se, então, possível que os agravantes eventualmente prejudicados acabem se utilizando do mandado de segurança ou de medida cautelar contra a decisão do relator, reativando uma prática anterior à Lei nº 9.139/95, o que revelaria um verdadeiro retrocesso no sistema processual.³⁸

Acentua Cândido Dinamarco que "constitui fator legitimante da outorga desses poderes extraordinários ao relator a oferta de um recurso contra o ato deste, como meio de assegurar à parte contrariada um julgamento em colegiado (turma, câmara) - porque a colegialidade dos julgamentos superiores é inerente à fórmula ocidental da diversidade de graus jurisdicionais e de seu próprio fundamento sistemático"; no entanto, o processualista já adiantava a "fortíssima tendência jurisprudencial a negar" a possibilidade de *agravo ao órgão colegiado competente* contra as decisões sobre atribuição de efeito suspensivo ou efeito ativo pleiteado pelo agravante, e advertia para a "duvidosa constitucionalidade" dessa solução. Conforme Dinamarco³⁹,

vai contra a garantia constitucional do devido processo legal a imposição de medidas da competência desse órgão, sem possibilidade de revisão por ele, mesmo diante do silêncio da lei (nada dispõe a esse propósito o artigo 527, inc. III).

A negativa do agravo contra essas decisões do relator abre caminho para algo que a Reforma quis restringir muito que era o mandado de segurança contra ato jurisdicional. Na medida em que o ato do relator, positivo ou negativo, imponha lesão ou séria ameaça a um direito líquido-e-certo, da irrecorribilidade desse ato decorrerá a necessidade de impetrar o writ, que a Constituição Federal assegura ao sujeito lesado ou ameaçado (artigo 5º, inc. LIXX).

Seja como for, de fato, relativamente ao inciso III do artigo 527, já havia entendimento jurisprudencial no sentido da irrecorribilidade da decisão do relator quanto à atribuição ou não de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, e quanto ao deferimento ou não da antecipação de tutela recursal. Bem antes da Lei nº 11.187/05, o egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já dava conta da irrecorribilidade dessas decisões⁴⁰.

De outra banda, caso o relator determine o processamento do agravo de instrumento contra decisão suscetível de causar lesão grave ou de difícil reparação à parte (bem como nas outras duas hipóteses de agravo

de instrumento referidas *supra*), é muito difícil que recuse a agregação de efeito suspensivo ao recurso, uma vez que se o agravante alega a suscetibilidade da decisão em provocar lesão grave e de difícil reparação, e o relator não converter em agravo retido é porque este entendeu plausível o pleito do recorrente, de modo que não lhe negará o efeito suspensivo da decisão hostilizada⁴¹. Ademais, a alegação de lesão grave e de difícil reparação é requisito para a concessão de efeito suspensivo, desde que relevante a fundamentação, conforme o artigo 558⁴².

3.5 Agravo contra decisão proferida em audiência de instrução e julgamento

A forma de interposição do agravo retido quando da audiência de instrução e julgamento também sofreu alteração. Na redação anterior do § 3º do artigo 523 aludia-se simplesmente à audiência (qualquer audiência), e que seria *admitida* a interposição do agravo retido oralmente na própria audiência. Agora, tem-se com a nova redação que o agravo contra decisão proferida em audiência de instrução e julgamento será cabível na forma retida, e, além disso, será *obrigatoriamente* interposto na ocasião da audiência de forma oral - *oral e imediatamente* segundo a nova redação do § 3º do artigo 523. Não é mais possível, desta forma, a interposição de agravo retido por petição contra decisão proferida em audiência, após a realização desta, no decêndio.

Entretanto, é lícito concluir, como o fazem Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Medina, que a decisão proferida em audiência preliminar (artigo 331, § 2º) pode ser alvo de agravo retido *por escrito*.⁴³

A Lei nº 11.187/05 não tratou das contra-razões do agravado: serão elas manifestadas oral e imediatamente na mesma ocasião da interposição do agravo retido, logo após as razões do agravante, ou o agravado poderá contra-arrazoar, por petição, no prazo de dez dias? Tudo indica que a intenção é a de fazer valer o princípio da oralidade, de modo que a resposta do agravado deverá, também, ser oral e imediata, na audiência de instrução e julgamento.

4 Conclusão

O novo regime do agravo exigirá dos operadores do direito a resolução de muitas questões que já nascem controvertidas, como se tentou demonstrar *supra*, sem a contrapartida de melhorias substanciais em relação à efetividade e celeridade da prestação jurisdicional. Afinal, conforme aduz Angelina Mariz de Oliveira⁴⁴:

Existe uma "aparência" de que o volume de decisões será menor e de que será mais privilegiada a

decisão de primeiro grau, mas é uma ilusão. Isso porque o fato é que o recurso - quer seja retido, quer seja em instrumento - deverá ser julgado pela segunda instância em algum momento. A Lei nº 11.187/05 apenas modificou o momento em que este julgamento ocorrerá, esta é a mudança substancial dessa norma.

A melhor sistemática, em comparação com esta propugnada pela Lei nº 11.187/05, era a da Lei nº 10.352/01, uma vez que ao relator era *facultada* a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, e cabia *agravo* "ao órgão colegiado competente", permitindo a interposição do agravo de instrumento contra decisões que, conquanto não fossem suscetíveis de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, tratassem de questões relevantes para o andamento do processo, ou que impedissem seu desenvolvimento infrutífero.

Seja como for, a Lei nº 11.187/05, de modo geral, deixou frustrados e insatisfeitos aqueles que clamam por reformas no CPC que o tornem apto a proporcionar efetividade e celeridade à prestação jurisdicional.

A reforma processual que, efetivamente, poderá ser *levada a sério*, será aquela que viabilizar a modificação do sistema processual como um todo; reformas pontuais servem apenas para, quando muito, amenizar os problemas enfrentados pelos operadores do direito em questões pontuais.

Nesse sentido, é pertinente encerrar com as palavras vigorosas e lúcidas de Ovídio⁴⁵:

O máximo que nos permitimos, quando praticamos o sistema recursal, é lamentar a morosidade de justiça. Se o sistema tem como alicerce o procedimento ordinário; se a Constituição assegura aos litigantes a "plena defesa" e a conseqüente plenariedade de todas as demandas; se a lei tem sentido unívoco, portanto uma "vontade" invariável, parece natural que estejamos enviando, anualmente, às duas Cortes Superiores, mais de trezentos mil recursos. Devemos, no entanto, insistir: os recursos são a espinha dorsal do sistema; é o viés burocrático que funciona como um instrumento de poder, hoje globalizado. Conseqüentemente, mesmo que todos o lamentem não teremos forças para transformá-lo.

Mesmo que pareça surpreendente, temos de aceitar como natural que o Superior Tribunal de Justiça julgue numa única sessão o que muitos tribu-

nais europeus e a própria Suprema Corte americana julgam em um ano.

Embora o procedimento recursal exija mais de um ano, às vezes mais, para ser apreciado pelo respectivo tribunal do recurso, isto poderá ser, quando muito, motivo para lamentações e talvez desesperança que acabe dando-nos coragem para decretar a falência da jurisdição estatal, privatizando-a ainda mais, nunca transformá-la, afeiçoando-a às exigências de nossa contemporaneidade.

Notas

- 1 Conforme HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *"Na década de 1990 mais de uma dezena de leis se ocupou de alterar o texto do Código de 1973, todas com o declarado intuito de simplificar seus procedimentos, com vistas à maior celeridade na realização da tutela jurisdicional. (...) Nada obstante toda essa modernização processual, a justiça brasileira continua desacreditada aos olhos da sociedade pela excessiva demora na solução dos litígios. É a dura e lastimável realidade."* ("Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais". **Revista de Processo** 125/67. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/2005, p. 67/68).
- 2 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p.252. Muito embora não seja aqui o espaço apropriado para maiores investigações a esse respeito, convém divulgar o entendimento do referido jurista, para quem *"o fundamento que preside nosso interminável sistema de recursos é (...) a crença iluminista de que o legislador possa produzir um texto com tal simplicidade e transparência capaz de gerar univocidade de sentido"* (*Op. cit.*, p. 255).
- 3 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**, 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 177/178.
- 4 *Op. cit.*, p. 178/179.
- 5 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil - Volume V**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 479.
- 6 CARNEIRO, Athos Gusmão. Do Recurso de Agravo ante a Lei nº 11.187/2005. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, 21 mar. 2006, Disponível em <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/>>. Acesso em: 28 jul.2006.
- 7 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Novo Processo Civil Brasileiro (Exposição Sistemática do Procedimento)**. 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 143.
- 8 Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, *Op. cit.*, p. 146; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os Agravos no CPC Brasileiro**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 164.
- 9 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 265.
- 10 CARNEIRO, *Op. cit.*

- 11 "As Recentes 'Modificações' no Agravo". **Revista Dialética de Direito Processual** 33:64-72. São Paulo: Dialética, p. 65.
- 12 CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO resume a questão, do seu modo, com as seguintes palavras: "Resumidamente, pois, no direito vigente, exclui-se o agravo de instrumento, sendo admissível somente o retido, (a) contra decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento e (b) contra decisões proferidas depois de publicada a sentença. São, porém, ressalvados: a) no tocante a ambas essas hipóteses, as situações em que o retardamento pelo tribunal possa acarretar dano à parte; b) no tocante às decisões proferidas depois da sentença, as que indeferem o processamento da apelação e as que declaram o efeito, ou efeitos, em que é recebida. Nos casos assim ressalvados, tem admissibilidade o agravo de instrumento, não se aplicando, portanto, o veto contido no § 4º do artigo 523 do Código de Processo Civil." *Op. cit.*, p. 166.
- 13 Nesse sentido, OLIVEIRA, Angelina Mariz de. "O Regime do Agravo Instituído pela Lei nº 11.187/05 e suas Repercussões". **Revista Dialética de Direito Processual** 34:9-17 janeiro/2006. São Paulo: Dialética, 2006. p. 9.
- 14 RODRIGO DA CUNHA FREIRE lembra que o artigo 475-H e o § 3º do artigo 475-M, acrescentados pela Lei nº 11.232/2005, dispõe que contra a decisão da liquidação de sentença e a decisão que resolver a impugnação à execução, salvo quando esta for extinta, é cabível o agravo de instrumento. NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. Reforma do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 43.
- 15 Ao tratar do inciso II do artigo 527, no regime da Lei nº 10.352/01, FABIANO CARVALHO averbou que "A expressão *poderá converter* (agravo de instrumento em agravo retido) deverá ser interpretada como faculdade ou autorização ao relator. *Caso contrário, estar-se-ia dando existência a novos requisitos de admissibilidade ao agravo de instrumento: provisão jurisdicional de urgência e periculum in mora. Somente nas hipóteses em que houvesse perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação é que seria permitida a interposição do agravo de instrumento*". ("A Conversão do Agravo de Instrumento em Agravo Retido na Reforma do Código de Processo Civil". Revista de Processo 111:113-126. jul/set 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 118). As duas últimas sentenças foram grifadas, uma vez que agora com a Lei nº 11.187/05 o que era faculdade do relator virou imposição, de modo que se operou o "caso contrário" - *deu-se existência a novos requisitos de admissibilidade do agravo de instrumento*.
- 16 NELSON RODRIGUES NETTO sustenta que a questão se aproximaria mais de uma *prejudicial*. Essas são suas palavras: "*parece razoável afirmar-se que o julgamento sobre a possibilidade de a decisão recorrida causar lesão grave e de difícil reparação soluciona uma questão prejudicial, revelando uma qualidade especial do interesse recursal, que permite a interposição sob a forma de instrumento. Ausente o risco de lesão grave e de difícil reparação, resta o interesse recursal diferido, de modo que o juízo de admissibilidade, e eventualmente, de mérito do recurso ficam postergados no tempo, para o momento do julgamento do recurso de apelação*" ("Recurso de Agravo: Generalização de sua Interposição sob a Modalidade Retida". **Revista Dialética de Direito Processual**

- 33:73-90. Dez/2005. São Paulo. 2005, p. 82).
- 17** Em decisão monocrática noticiada no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (www.tj.rs.gov.br, acessado em 31/01/2006), a desembargadora ELAINE HARZHEIM MACEDO referiu que "para a admissibilidade do recurso como sendo de instrumento, não basta que o recorrente preencha apenas os pressupostos recursais genéricos e os requisitos formais dos artigos 524 e 525 do Código de Processo Civil. (...) Cumpre-lhe também demonstrar a presença da *cláusula da lesão grave e de difícil reparação*". (...) "Firmar o conceito do que representa esta cláusula [da lesão grave e de difícil reparação] na atual formação do agravo de instrumento será tarefa árdua a ser enfrentada pelos doutrinadores e, em especial, pela jurisprudência, na medida em que se trata de cláusula de natureza de mérito e não tão-somente processual". (...) "São as peculiaridades fáticas do caso concreto que deverão fornecer os parâmetros para formação do juízo de convicção que, naquele caso específico, torna necessária a intervenção do segundo grau, por óbvio em caráter sumário de conhecimento e provisória porque pendente a causa de decisão final, isto é, a sentença". (...) "Para que a parte se beneficie do agravo [de instrumento] deverá demonstrar ao juízo recursal que o insucesso de sua pretensão provocará, em nível dos fatos, isto é, vida regulada pelo direito, efeitos que extrapolam as próprias circunstâncias dos autos" (70014138176).
- 18** ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 8ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 233/234.
- 19** *Op. cit.*, p. 233.
- 20** Agravo de Instrumento N°. 70014069025, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 17/01/2006; Agravo N°. 70011345188, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 20/04/2005.
- 21** Agravo de Instrumento N°. 70013903596, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário José Gomes Pereira, Julgado em 02/01/2006; Agravo de Instrumento N°. 70013540414, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário José Gomes Pereira, Julgado em 22/11/2005; Agravo de Instrumento N°. 70013311725, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 03/11/2005.
- 22** Agravo de Instrumento N°. 70013708672, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 13/12/2005; Agravo de Instrumento N°. 70011634284, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 09/06/2005.
- 23** Agravo de Instrumento N°. 70013890595, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 27/12/2005; Agravo de Instrumento N°. 70013888136, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 27/12/2005; Agravo de Instrumento N°. 70013772603, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 14/12/2005; Agravo de Instrumento N°. 70013708128, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS,

Relator: Mário José Gomes Pereira, Julgado em 13/12/2005.

24 Agravo de Instrumento N°. 70011675634, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 16/05/2005.

25 *Op. cit.*, p. 116/117.

26 *Op. cit.*, p. 68.

27 *Op. cit.*, p. 167.

28 *Op. cit.*, p. 12. A articulista cita dois precedentes do egrégio Superior Tribunal de Justiça: REsp 670.485/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, 2.ª Turma do STJ, DJU 1 de 03/10/2005, p. 195; e REsp 756.236/SC. Rel. Min. José Delgado, 1.ª Turma do STJ, DJU 1 de 09/09/2005, p. 209.

29 *Op. cit.*, p. 264.

30 *Op. cit.*, p. 255.

31 *Op. cit.*, p. 48.

32 *Op. cit.*, p. 46.

33 FREIRE, *op. cit.*, p. 44.

34 *Op. cit.*, p. 71.

35 *Op. cit.*, p. 271.

36 *Op. cit.*, p. 271.

37 *Op. cit.*, p. 119.

38 Nesse sentido e defendendo a impetração do mandado de segurança nessas hipóteses: WAMBIER, *et al. Op. cit.*, p. 272 e 274-275.

39 *Op. cit.*, 192/193.

40 Agravo Regimental N°. 70003464633, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 22/11/2001; Agravo Regimental N°. 70014085195, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 19/01/2006).

41 Contra: WAMBIER, *et al. Op. cit.*, p. 272.

42 Para FABIANO CARVALHO (*Op. cit.*, p. 118), que escreveu sob o regime da Lei nº 10.352/01, "o relator do agravo de instrumento não poderia se esquivar de atribuir efeito suspensivo ou antecipar os efeitos da pretensão recursal (=efeito ativo) ao recurso" se a conversão fosse impositiva ao relator (como acabou restando consolidado pela Lei nº 11.187/05).

43 *Op. cit.*, p. 260-261.

44 *Op. cit.*, p. 16.

45 *Op. cit.*, p. 246.

Referências

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil - Vol. V**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **O Novo Processo Civil Brasileiro (Exposição Sistemática do Procedimento)**. 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Do Recurso de Agravo ante a Lei nº 11.187/2005. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, 21 mar. 2006, Disponível em <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br>>. Acesso em: 28 jul.2006.

CARVALHO, Fabiano. A Conversão do Agravo de Instrumento em Agravo Retido na Reforma do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, 111, 113-126, jul/set 2003.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As Recentes 'Modificações' no Agravo. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, 33, 64-72.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**, 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 8ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

NETTO, Nelson Rodrigues. Recurso de Agravo: Generalização de sua Interposição sob a Modalidade Retida. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, 33, 73-90, Dez/2005.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção *et al.* **Reforma do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Angelina Mariz de. O Regime do Agravo Instituído pela Lei nº 11.187/05 e suas Repercussões. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, 34, 9-17, janeiro/2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, 125, 67, julho/2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os Agravos no CPC Brasileiro**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Aspectos sociológicos e jurídicos acerca do trabalho do menor

Wilson de Souza Malcher

*Advogado da Caixa em Brasília
Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual
MBA em Direito Econômico e das Empresas pela Fundação Getúlio Vargas/DF
Mestrando em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal
Doutorando em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca-Espanha*

RESUMO: O trabalho do menor não é fenômeno novo, pelo contrário, data de períodos legendários, o que varia é apenas a forma de trabalho. Em tempos de economia globalizada e de concorrência cada vez mais acirrada, nota-se presente a utilização dessa prática. A *Constituição brasileira* de 1988, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 12 de dezembro de 1998, fixa em 16 anos a idade mínima do trabalhador menor. A *proteção* ao trabalho do menor tem como fundamentos principais: a ordem cultural, moral, fisiológica e de segurança. E, a Consolidação das Leis do Trabalho - *CLT*, busca nos seus diversos artigos, embora de forma branda e permissiva, traçar e garantir uma proteção adequada a esse trabalhador menor.

Palavras-chave: Trabalho do menor. Proteção. Constituição brasileira. CLT.

1 Definições

1.1 Menor

Para definição do termo "*menor*" leva-se em consideração, regra geral, os aspectos de ordem biológica, bem como as determinações de ordem jurídica.

O critério médico-científico considera menor a toda pessoa desde o momento em que nasce até completar 18 anos de idade. As regras de ordem médica se fundamentam exclusivamente na evolução orgânica do ser humano, o qual deverá variar de acordo com o desenvolvimento biológico, as condições de higiene e, especialmente, o ambiente psicossocial a que se encontra submetido o menor.¹

A ordem jurídica internacional toma por base, notadamente, a Declaração dos Direitos da Criança², considerando o teor do artigo 1º, que reputa menor "todo ser humano menor de dezoito anos de idade, salvo se, em virtude da lei que lhe seja aplicável, haja alcançado antes a maioridade".

O Código do Trabalho português, especificamente, no artigo 55º/2, fixa como idade mínima de admissão para prestar trabalho, 16 (dezesseis) anos. O Código Civil português, por sua vez, no artigo 122º, diz expressamente "É menor quem não tiver ainda completado dezoito anos de idade".

No Brasil, a CF/88, no atual inciso XXXIII, do artigo 7º, proíbe o trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.³

1.2 Trabalho infantil

A base de definição do *trabalho infantil* está assentada nas normas de proteção aos direitos da criança, produzidas pelas instâncias internacionais, nomeadamente, das Nações Unidas, da UNICEF e da Conferência de Amsterdã sobre o Trabalho Infantil, organizada em conjunto pela Organização Internacional do Trabalho - OIT e o Governo Holandês, em 1997.

A noção de trabalho infantil aparece muitas vezes associada a práticas que, sendo de exploração e violação dos direitos das crianças, se afastam da noção mais precisa de trabalho, tal como entendido no quadro das definições adotadas universalmente, ou seja, o exercício de uma atividade lícita, com valor econômico, remunerada ou não.⁴

O trabalho de crianças nas atividades lícitas da esfera econômica provém da OIT e da Convenção 138 e Recomendação 146 sobre a idade mínima de admissão ao trabalho, ambas de 1973.

A definição de trabalho infantil, decorrente de orientações internacionais, designadamente da OIT, é a seguinte:

- É o que é desenvolvido por menores que não tenham atingido uma determinada idade;
- É o que prejudica a sua saúde e/ou o desenvolvimento físico, mental, intelectual, moral e social;
- É o que prejudica a sua educação escolar.

O trabalho infantil significa o emprego de crianças de forma genérica, especialmente em trabalho que possa interferir na sua educação ou coloque em perigo a sua saúde.

Na definição de *Patrícia Kurczyn Villalobos*, trabalho infantil é *toda actividade livre ou forçada de menores de idade para produzir bens ou serviços, de maneira subordinada ou não, em indústria familiar ou de terceiros, remunerado ou não*.⁵ A definição contempla, portanto,

as modalidades registradas de atividade infantil:

*tarefas domésticas (afazeres dentro e fora do domicílio, incluindo as agropecuárias destinadas ao consumo familiar, com uma antecipada divisão de trabalho por sexo); trabalho não doméstico, não remunerado em dinheiro, forçoso ou obrigatório e assalariado, em condições marginais e formais.*⁶

2. Antecedentes históricos

O trabalho do menor não é fenômeno novo, pelo contrário, data de períodos legendários, o que varia é apenas a forma de trabalho.

Ao discorrer sobre os antecedentes históricos do trabalho do menor, Segadas Vianna⁷ leciona que talvez as primeiras medidas de proteção aos menores remontam ao Código de Hamurabi, que data de 2.000 antes de Cristo, relativamente ao trabalho de menores como aprendizes.⁸

Na Inglaterra, muito curiosamente, a intenção de melhorar as condições de trabalho em geral, se desenvolve no seio de um grupo de industriais de algodão, destaque para David Dale e Robert Owen.

A lei proposta por Robert Peel, *The Moral and Health Act*, aprovada por *Manchester Board of Health*, em 22 de junho de 1802, a primeira manifestação concreta que corresponde à idéia contemporânea do Direito do Trabalho, limitou em doze horas o trabalho dos aprendizes, entre às seis da manhã e às vinte horas; proibiu o trabalho noturno e estabeleceu o ensino aos menores e instrução religiosa, bem como criou a inspeção do trabalho realizada pelos visitantes, um magistrado e um representante da igreja oficial, nomeados pelos juiz de paz do condado.

Essa mesma lei, fixava a idade mínima de nove anos para trabalhar, limitava as jornadas a oito horas até os treze anos de idade e de dez para os de dezoito.

Em 1833, com a *Lei sobre as Fábricas*, se impôs obrigações para toda a indústria têxtil, proibindo-se o trabalho noturno para os menores de dezoito anos entre às vinte e trinta horas e às cinco e meia da manhã seguinte. A jornada de trabalho foi limitada a nove horas para os menores de treze anos e de dez na indústria de seda, com a obrigação de freqüentar a escola pelo menos durante duas horas diárias, em colégio adequado, com um professor certificando a presença ou, se necessário, com a instalação de uma escola nas proximidades da fábrica.⁹

Uma lei francesa de 1841 proibiu o trabalho nas fábricas e manufaturas de menores de oito anos. A Suíça, por sua vez, incluiu no texto de sua Constituição (1874), pela primeira vez na história, medidas de proteção ao trabalho do menor nas fábricas.¹⁰

No Brasil, embora existente o Decreto nº 1.313, de 17/01/1890, o qual nunca regulamentado, tão-somente após a primeira guerra mundial (1914-191), tratou-se seriamente sobre medidas de proteção à infân-

cia, na tentativa de por fim ao regime brutal de exploração do trabalho infantil em terras brasileiras.

Com o Tratado de Versalhes e as Conferências Internacionais do trabalho realizadas pela OIT, a partir de 1919, o trabalho do menor começou a merecer a devida atenção dos povos cultos, que o regulamentaram sob o critério da duração, da idade, das condições insalubres ou periculosidade do serviço e proibição do exercício de determinadas profissões ou atividades não condizentes com a moralidade.

3 Aspectos sociológicos

As formas de trabalho do menor, como dito acima, não variado ao longo dos tempos, nomeadamente, em relação aos países ditos desenvolvidos e aqueles reputados como atrasados.

Nos países desenvolvidos, mesmos com aparelhos estatísticos mais aperfeiçoados, reconhece-se que o fenômeno do trabalho infantil é uma realidade escondida, tanto que a ocorrência verifica-se no setor informal da economia.

E, sendo o setor informal muito mais extenso nos países em vias de desenvolvimento, maior é, por esta razão, a falta de um conhecimento rigoroso do fenômeno do trabalho infantil nesses países.

A comprovação do trabalho infantil, entretanto, é difícil, pois, na maioria das vezes, o empregador não contrata a criança, mas emprega seus pais para realizar determinada tarefa e estes, ao serem obrigados ao cumprimento de determinadas quotas de produção, põem a família a trabalhar, inclusive as crianças.

Não se pode negar a influência da igreja, através da divulgação da doutrina cristã e do movimento de miscigenação que tomou o mundo; que, por sua vez, repercutiram no tratamento dispensado aos filhos, nas relações sociais e, sobretudo, nas condições de trabalho impostas aos menores e aos trabalhadores em geral.

O mundo do trabalho tem sentido severos avanços na regulamentação do trabalho infantil e na erradicação da exploração desse tipo de trabalho. Infelizmente, porém, o homem continua explorando o próprio homem, e, em tempos de economia globalizada e de concorrência cada vez mais acirrada, vê-se presente a utilização dessa famigerada prática.

A OIT, neste particular, tem papel fundamental na proteção dos direitos da criança, através da edição de diversas Convenções e Recomendações Internacionais, com destaque para a Convenção nº 138, de 1973, bem como a criação do *International Programme on Elimination of Child Labour* - IPEC, um programa que visou estudar o fenômeno e apoiar os países aderentes a combater o trabalho infantil.

O problema está na hora da aplicação dos instrumentos regulatórios, muitos países ratificaram a Convenção nº 138, no entanto, a OIT carece

de um efetivo instrumento sancionador, pois queixas e reclamações podem terminar em meras sanções morais.¹¹

3.1 O trabalho infantil no mundo

A Organização Internacional do Trabalho chegou a estimar entre 200 a 400 milhões de crianças trabalhadoras, o número é assustador e o fenômeno é genérico, assumindo proporções mais graves nos países pobres.

Estimativas mais recentes apontam para 250 milhões de crianças de 5 a 14 anos com atividade econômica nos países em desenvolvimento.¹² Metade trabalha a tempo inteiro; metade frequenta a escola e ao mesmo tempo exerce outra atividade. Um terço dos rapazes e quase metade das meninas que vão à escola estão também ocupados em atividades econômicas em tempo parcial.

Esta estimativa não inclui as crianças ocupadas em trabalhos de natureza não econômica, designadamente os que se dedicam aos trabalhos domésticos. Estima a OIT que o número de crianças que está nesta situação represente entre 15% e 20% da população com as mesmas idades.¹³

A UNICEF estima em 250 milhões de crianças trabalhadoras (0 a 14 anos), nos países em desenvolvimento, das quais, 61% na Ásia, 30% na África e 7% na América Latina.

No Brasil, em 1996, mais de 9,3 milhões de crianças trabalhavam.¹⁴

Os estudiosos do assunto apontam como causas mais recentes, o crescimento demográfico e o retrocesso econômico sofridos por países em via de desenvolvimento. As conseqüências advindas aparecem no aumento da pobreza e na necessidade de recurso ao trabalho das crianças.

Por outro lado, em algumas zonas econômicas e países onde se verificou um crescimento rápido na economia, a realidade é paradoxal, posto que também se aproveitaram da mão-de-obra infantil, mais barata e dócil, para permitir às empresas concorrer nos mercados ditos globalizados.

Aliás, o fenômeno da globalização é outra razão de crescimento do trabalho infantil, afinal, diante do processo de internacionalização dos fatores de produção e da perspectiva de domínio da circulação de capitais e pessoas, aumentam-se as hipóteses e a tentação de exploração de mão-de-obra barata, nomeadamente do trabalho infantil.

Segundo consta,¹⁵ na América do Norte, na Comunidade Européia e no grupo de países desenvolvidos da Ásia e Oceania, constata-se uma regressão do trabalho dos menores, em face da fraca pressão demográfica, um período de crescimento econômico sustentável, e, pelo desenvolvimento do sistema escolar e de programas sociais e de formação.

Embora passível de comemoração, o problema do trabalho ainda não está erradicado e pode, até mesmo, aumentar em determinadas

regiões. Na ex-União Soviética, por exemplo, em face da grave crise econômica e do processo de desregulamentação social e de mercados, embora não levantados os dados confirmatórios, é possível que se esteja a verificar um aumento do trabalho infantil.¹⁶

3.2 As causas do trabalho infantil

Com a introdução da máquina a vapor de James Watt, ponto de partida para a revolução do ambiente industrial, e, a consumação da fragmentação dos chamados ofícios, a partir da aplicação dos princípios da racionalização e da divisão do trabalho, tendo por conseqüência a simplificação das atividades dos operários e o automatismo de movimentos e gestos, estava aberto o campo para a utilização do trabalho das chamadas "meias forças", mulheres e crianças.

O emprego das "meias forças" na indústria representava, bem como ainda representa nos dias atuais, uma sensível redução do custo de produção e um meio eficiente e simples para enfrentar a concorrência. A par disso, a existência do trabalho infantil está na dependência de outros fatores, de forma isolada ou conjugada como passamos a analisar.

O mais determinante é, sem dúvida alguma, a *pobreza*.

Nas sociedades e grupos sociais mais pobres, o trabalho da criança é necessário para complementar ou suprir as deficiências dos ganhos dos pais ou restantes membros da família, ou, quando em economia de subsistência, para sustentar a produção de unidades econômicas que assegurem a sobrevivência familiar. Segundo dados da OIT, as economias mais pobres, o rendimento das crianças contribui com 20% a 25% para o rendimento familiar.¹⁷

Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), tendo como objetivo a análise do perfil do trabalho infantil no Brasil, realizada em 2001, em 37% das famílias urbanas e em 47% das rurais, a contribuição das crianças para a renda familiar é de mais de 20% e, em mais de 12% das famílias, ultrapassa os 40%.¹⁸

As crianças serão, em regra, adultos pouco escolarizados e trabalhadores mal qualificados, engrossando as fileiras de trabalhadores pobres que gerarão filhos que, certamente, repetirão a mesma história de vida e acabarão por alimentar a oferta de mão-de-obra infantil.

Outra causa, é a existência de uma *procura de mão-de-obra infantil*, em face da prática de baixos salários, e acima de tudo em razão de que as crianças são mais hábeis e aprendem melhor certas tarefas que os adultos não treinados, como na indústria de tapeçaria.¹⁹

A *escolaridade* é, naturalmente, um fator de enorme importância para contrariar a espiral de atração de crianças para o mercado de trabalho. Elevar a qualidade da educação é uma estratégia eficiente para reduzir a influência que o trabalho infantil exerce sobre o absenteísmo e a evasão escolar.

Segundo a OIT, mais de 130 milhões de crianças com idade para freqüentar o ensino básico, incluindo 73 milhões de meninas, não freqüentam a escola.²⁰

Quanto menor a escolaridade do pai, maior a probabilidade de o indivíduo começar a trabalhar precocemente. E, o trabalho precoce exerce influência sobre a escolaridade obtida.

No Brasil, por incrível que pareça, as melhores condições de trabalho existentes nas regiões Sul e Sudeste parecem ser um atrativo para os menores, pois abandonam a escola em face da atratividade do mercado de trabalho em que estão inseridos. Essa realidade é bem o exemplo de que trabalho e educação são atividades que em certo prazo são competitivas.

A *globalização da economia* é, sem dúvidas, outro fator de crescimento do trabalho infantil.

3.3 Conseqüências e inconvenientes do trabalho infantil

A inserção antecipada da força de trabalho infantil limita e impossibilita a instrução e capacitação, premissas para desfrutar um futuro digno.

A PNAD constatou que, no Brasil, a maioria das crianças, mesmo trabalhando, freqüenta a escola. Porém, o grau de dedicação à escola é determinado pelas horas que a criança dedica ao trabalho.²¹

O trabalho em idade infantil mutila o desenvolvimento humano natural. Organicamente aumentam as possibilidades de disfunções, produz cansaço prematuro e aumenta a possibilidade de ingresso mais cedo no sistema de seguridade social. Aliás, as conseqüências do trabalho infantil tornam-se mais evidente no decorrer dos anos, com o aparecimento de doenças que podem levar, inclusive, à interrupção temporária ou mesmo permanente do trabalho.

3.4 Planos e Programas para eliminação da exploração do trabalho infantil

É preciso admitir, de modo racional e peremptório, que a eliminação da exploração do trabalho infantil depende do desenvolvimento e implantação de políticas com impactos estruturantes ao nível cultural, da educação e do desenvolvimento econômico e social.

No campo da prática, a OIT, em conjunto com o governo da Alemanha, implementou um programa mundial de combate ao trabalho infantil, em 1990. Naquela ocasião, o governo alemão se comprometeu a aportar, inicialmente, 10 milhões de marcos alemães por ano para enfrentar o trabalho infantil em alguns países do mundo. Foi então criado o *Programa Internacional para a Eliminação do Trabalho Infantil (IPEC)*, escolheu-se como os seis primeiros países membros da OIT a acolher esta

iniciativa a Índia, a Indonésia, a Tailândia, o Quênia, a Turquia e o Brasil.

No Brasil, em particular, a implementação do IPEC, por parte da OIT, ocorreu em 1992, com a assinatura do "Memorando de Entendimento", após processo multicasual no qual intervieram fatores de caráter político, econômico, social, institucional e jurídico.²²

Desde sua implementação, o IPEC teve a oportunidade de colaborar com a erradicação do trabalho infantil por meio da celebração de parcerias que movimentaram mais de US\$ 7 milhões, provocando mudanças na situação fática tanto quantitativa como qualitativamente.

O trabalho infantil reduziu-se quantitativamente, o que permitiu perceber o núcleo duro do problema: as piores formas de trabalho infantil. Segundo dados apurados pela PNAD, ocorreu a redução de quase 40% de crianças no trabalho infantil durante os anos 1992 a 2002.²³

Após 10 anos de atividade, a atuação do IPEC permeia diversos setores e campos de atividade, com destaque, para a área de educação, mobilização social e geração de renda, combate à exploração sexual comercial de crianças e adolescentes, tráfico de drogas, trabalho infantil doméstico, entre outros.

A par dos planos e programas nacionais e internacionais que procuram evitar a exploração do trabalho do menor, algumas medidas estão a ser adotadas pelos diversos países, com vistas a dar eficácia à proibição do trabalho infantil²⁴, a saber:

- a) *Utilização do sistema de preferências tarifárias como meio para fomentar a proteção dos direitos laborais*, a exemplo da política adotada pela União Européia para o período de 1 de janeiro de 2002 e 31 de dezembro de 2004, conforme Regulamento (CE) n.º. 2501/2001, arts. 14 a 20, que estabelecem um "regime especial de estímulo à proteção dos direitos laborais" em virtude do qual se concedem preferências tarifárias aos Estados que: a) resguardem em sua legislação nacional o conteúdo das normas estabelecidas nas Convenções da OIT n.ºs. 29 e 105 sobre trabalho forçado, n.º. 87 e 98 sobre liberdade de associação e negociação colectiva, n.ºs. 100 e 111 sobre discriminação em matéria de emprego e trabalho e n.º. 138 e 182 sobre trabalho infantil; e b) apliquem dita legislação de forma efetiva (artigo 14.2 do Regulamento).²⁵
- b) *Proibição de importação de produtos elaborados por trabalhadores infantis*, como a que existe nos Estados Unidos da América.
- c) *Aplicação extraterritorial do Direito nacional*. Explica-se. Uma empresa de um Estado donde são efetivas as normas sobre trabalho infantil se instala em outro Estado onde se tolera a utilização de trabalho infantil. Tratar-se-ia de demandar a essa empresa perante os tribunais nacionais, com aplicação do direito nacional, ainda que a prestação do trabalho infantil tenha ocorrido fora de suas fronteiras.²⁶

d) *Aplicação dos códigos de conduta das empresas.* Trata-se, basicamente, de uma fórmula autoregulatória. Assim, haveria a imposição por uma empresa a si própria de respeitar determinados padrões laborais fundamentais, entre eles o de não utilização de trabalho infantil. Como, aliás, já ocorre na indústria americana de confecção e no sector têxtil e de vestuário da União Européia (adotado pela Organização Européia de Vestuário e dos Têxteis e a Federação Sindical Européia do têxtil, do vestuário e do couro).²⁷

4 Ordenamento jurídico brasileiro

4.1 O limite de idade

A Constituição de 1988, segundo redação original do artigo 7º, XXXIII, restabeleceu a idade mínima de 14 anos para o trabalho do menor, fixada em 12 anos pela Constituição de 1967.

Em 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 12 de dezembro de 1998, portanto, após dez anos de vigência da atual Constituição, ocorreu a elevação da idade mínima do trabalhador menor, desta feita para 16 anos²⁸. Preceitua o atual inciso XXXIII, do artigo 7º, da CF/88:

proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

A elevação da idade mínima para o trabalho do menor, igual ou superior a 16 anos, provocou a reação dos doutrinadores²⁹, alguns chegam a afirmar que o conteúdo da norma ignora a realidade do Brasil, pois os menores precisam trabalhar para sustentar suas famílias. Argumentam que é melhor o menor estar a trabalhar do que ficar nas ruas, furtando ou ingerindo entorpecentes.

João de Lima Teixeira Filho³⁰ afirma que a EC nº 20/98 foi mais realista que a própria OIT ao elevar a idade mínima para 16 anos, sem causa justificada, posto que a Convenção nº 138, de 1973, fixa a idade mínima em 15 anos, admitindo, excepcionalmente, 14 anos.

O comando constitucional, de igual modo, é claro ao distinguir o *trabalho do menor do aprendizado*. Mais adiante trataremos do contrato de aprendizagem, oportunidade para melhor distinguir os dois contratos.

O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei nº 8.069/1990, 13 de Julho), por sua vez, regulamentou o direito da criança e do adolescente, dentre outros, o de manter a educação obrigatória até os 16 anos e preparar as novas gerações para o novo mundo tecnológico do trabalho.

E, de forma a se adaptar à Emenda Constitucional nº. 20, fixou as três faixas etárias:

- a) a partir dos 14 anos "na condição de aprendiz";
- b) 16 anos para o trabalho fora do processo de aprendizagem;
- c) 18 anos para o trabalho insalubre e perigoso.

4.2 Admissão ao trabalho

A admissão do menor de 18 anos deverá ser registrada em sua Carteira de Trabalho, cujo registro nada difere em relação a qualquer trabalhador. Assim, pode ser contratado o menor desde que portador de Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS. Presume-se que, tendo sido autorizado a pleitear e receber a carteira, esteja autorizado a trabalhar por seus responsáveis legais. Para o trabalho nas atividades artísticas (artigo 405, § 3º, alíneas a e b) deverá, entretanto, obter autorização do juiz de menores.³¹

O contrato de trabalho e os recibos de salários podem ser assinados apenas pelo menor. Todavia, o menor precisa da assistência de seu responsável legal para assinar o recibo de quitação, em caso de dispensa ou acordo ou pedido de demissão, o qual deverá ser homologado pelo respectivo Sindicato ou por autoridade do Ministério do Trabalho, se tiver mais de um ano de tempo de serviço.

4.3 Duração do trabalho

A duração do trabalho do menor rege-se pelo inciso XIII do artigo 7º da Constituição, com as restrições estabelecidas no artigo 411 e seguintes. Assim, a *jornada de trabalho* do menor é a mesma de qualquer trabalhador, ou seja, oito horas diárias e 44 horas semanais.

Após cada período de trabalho efetivo, quer contínuo, quer dividido em dois turnos, haverá um *intervalo de repouso*, não inferior a 11 horas (artigo 412 da CLT). Terão direito também ao repouso intrajornada, para repouso e alimentação, de uma a duas horas, para trabalhos com jornada superior a seis horas, e 15 minutos quando estiverem sujeitos a jornada superior a quatro horas e inferior a seis horas de trabalho diário.

É vedado, regra geral, prorrogar a duração normal diária do trabalho do menor; facultado, no entanto, a prorrogação do trabalho em até duas horas diárias, mediante instrumentos de regulamentação coletiva (convenção ou acordo coletivo), desde que o excesso de horas em um dia seja compensado pela diminuição em outro, de modo a ser observado o limite máximo de 44 horas semanais. Assim, por exemplo, o menor poderá trabalhar mais uma hora diária para não trabalhar no sábado. Nesse caso, será obrigatório um descanso de 15 minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário de trabalho. Não é possível ser feito acordo individual para compensação de horas de trabalho do menor.

Outra exceção é a prorrogação da jornada por motivo de força maior, até o máximo de 12 horas, com acréscimo salarial de 50% sobre a hora normal e desde que o trabalho do menor seja imprescindível ao funcionamento do estabelecimento.

Deverá ser comunicada, no prazo de 48 horas, ao Ministério do Trabalho, a prestação de serviço extraordinário.

Quando o menor de 18 anos for empregado em mais de um estabelecimento, as horas de trabalho em cada um serão totalizadas (artigo 414 da CLT).

4.4 Vedações ao trabalho do menor

A proteção ao trabalho do menor tem como fundamentos principais: a ordem cultural, moral, fisiológica e de segurança. O fundamento cultural justifica-se pela necessidade que tem o menor de estudar, de receber instruções. No que diz respeito ao aspecto moral, deve haver proibição de o menor trabalhar em locais que prejudiquem a moralidade. Com relação ao desenvolvimento físico (aspecto fisiológico), deve haver proibição de trabalho em locais insalubres, perigosos, penosos, ou à noite. O menor também não pode trabalhar em horas excessivas, pois demandam maior dispêndio de energia e desgaste.³²

Outrora, já tivemos oportunidade de falar sobre o serviço extraordinário, neste momento, nos debruçaremos sobre as demais vedações ao trabalho do menor.

O *trabalho noturno*³³ é considerado prejudicial ao desenvolvimento físico normal do menor, posto que até mesmo prejudicial ao trabalhador adulto. A CLT contém previsão expressa de vedação ao trabalho do menor em período noturno e, de igual modo, o inciso XXXIII do artigo 7º da Carta Magna³⁴, o qual também estabelece proibição de qualquer *trabalho insalubre*³⁵ ou *perigoso*³⁶ ao menor.

A Constituição, no entanto, nada mencionou sobre o trabalho penoso. Certamente, foi um descuido do constituinte, pois não é crível que haja permissão para que o menor possa trabalhar em minas ou em subsolos, em pedreiras, em obras de construção civil etc.³⁷ O inciso II do artigo 67 da lei nº 8.069/90, veio a suprir essa deficiência, proibindo o trabalho do menor em atividades penosas.

Veda, por sua vez, o inciso II do artigo 405 da CLT, o trabalho do menor em *locais ou serviços prejudiciais a sua moralidade*.³⁸ O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13/7/1990), bem como a própria CLT, no parágrafo único do artigo 403, na redação dada pela Lei nº 10.097/00, proíbe o trabalho do menor "em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social".

O menor também não poderá fazer serviços que demandem o *emprego de força muscular superior a 20 quilos para trabalho contínuo ou*

25 quilos para trabalho ocasional. Permite-se, todavia, o trabalho de menor em remoção de material feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos (artigo 390 e seu parágrafo único c/c § 5º do artigo 405 da CLT).

É proibido o trabalho ao menor com idade entre 16 e 18 anos quando "realizado em *horário e locais que não permitam a frequência à escola* (artigo 67, IV, do Estatuto e 403, parágrafo único, da CLT).

O *trabalho exercido nas ruas, praças e outros logradouros* dependerá de prévia autorização do juiz da Infância e da Juventude, ao qual cabe verificar se a ocupação é indispensável à subsistência do menor, de seus pais, avós ou irmãos e se dessa ocupação não poderá advir prejuízo moral (§ 2º do artigo 405 da CLT).

Essas vedações são extensíveis ao trabalho do menor ainda que realizado em "regime familiar", conforme determina o artigo 67, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Revogando, portanto, as disposições contidas no parágrafo único do artigo 402 da CLT, que flexibilizava as vedações quando o menor trabalhasse exclusivamente com pessoas da família, sob a direção de seu representante legal.³⁹

4.5 Deveres e responsabilidades em relação ao menor

Os responsáveis legais dos menores têm a obrigação de afastá-los de empregos que diminuam consideravelmente seu tempo de estudo, reduzam o tempo de repouso necessário a sua saúde e constituição física, ou prejudiquem sua educação moral (artigo 424 da CLT). Aos demais responsáveis pelos menores, que não os indicados no artigo 424, a lei determina a faculdade de pleitear a cessação do contrato de trabalho do menor, sem necessidade de aviso prévio por parte do menor ao empregador, desde que o serviço possa acarretar para ele prejuízos de ordem física ou moral (artigo 408 da CLT).

Verificado pela autoridade competente, o Juiz da Infância e da Juventude, que o trabalho executado pelo menor é prejudicial a sua saúde, a seu desenvolvimento físico ou a sua moralidade, poderá obrigá-lo a abandonar o serviço, devendo o empregador, quando for o caso, promover a mudança de função (artigo 407 da CLT e seu parágrafo único). Não tomando a empresa as medidas possíveis e recomendadas pela autoridade competente, configurar-se-á a rescisão indireta do contrato de trabalho, na forma do artigo 483 da CLT.

As férias do menor deverão ser gozadas de uma só vez, ou seja, não poderão ser fracionadas, devendo coincidir com as férias escolares.

São deveres dos empregadores que mantém menores a seu serviço:

- a) enviar ao Ministério do Trabalho uma relação de todos os empregados;
- b) afixar em lugar visível e com caracteres claros o quadro de horário de trabalho dos menores;

- c) afixar em lugar visível a cópia do Capítulo IV do Título III da Consolidação, que se refere ao trabalho de menores;
- d) zelar pela observância, nos estabelecimentos, dos bons costumes, da decência, das regras de higiene e segurança do trabalho;
- e) fornecer ao menor que trabalha em serviço externo a "papeleta de serviço externo para menor".

4.6 Penalidades

A legislação brasileira prevê algumas penalidades para os infratores das disposições relativas à proteção do menor.

Segundo a CLT, artigo 434, os infratores das disposições relativas à proteção do menor estão sujeitos à multa de valor igual a 30 (trinta) vezes o valor de referência regional, aplicada tantas vezes quantos forem os menores empregados em desacordo com a lei, não podendo, todavia, a soma das multas exceder a 150 (cento e cinquenta) vezes o valor de referência, salvo no caso de reincidência, em que este total poderá ser elevado ao dobro.

Registre-se que, não apenas empregadores estão sujeitos a punições, também os médicos e os pais ou responsáveis que deixarem de cumprir os deveres que lhes são impostos estarão sujeitos a pagar multas e até perder o pátrio poder.

4.7 Da aprendizagem

A aprendizagem é o processo de formação técnico-profissional a que se submete o menor, por prazo certo, objetivando qualificar-se para posteriormente disputar uma colocação no mercado de trabalho.⁴⁰

Tem o contrato de aprendizagem natureza de pacto especial, com características próprias, pois há a combinação do ensino, do caráter discente, juntamente com a prestação de serviços.⁴¹

Enumera o § 1º do artigo 428 da CLT, com redação da Lei nº 10.097/00, de 19/12, os requisitos do contrato de aprendizagem, estabelecendo que a validade do pacto pressupõe:

- a) anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social. O contrato de aprendizagem só poderá ser celebrado por escrito;
- b) matrícula e frequência do aprendiz à escola, caso não haja concluído o ensino fundamental;
- c) inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob a orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica.

O contrato de aprendizagem não poderá ser estipulado por mais de dois anos (§ 3º do artigo 428 da CLT). Excedido o prazo de dois anos, o pacto transforma-se em contrato de prazo indeterminado.

A contratação do aprendiz poderá ser efetivada pela empresa onde se realizará a aprendizagem ou pelas entidades mencionadas no inciso II do artigo 430 da CLT, caso em que não gera vínculo de emprego com a empresa tomadora dos serviços (artigo 431 da CLT). Implicará, porém, a formação de contrato de trabalho com a empresa, quando a aprendizagem não for prestada por entidade sem fim lucrativo.

O menor aprendiz não poderá ganhar menos de um salário mínimo por mês. Se trabalhar apenas algumas horas por dia, terá direito ao salário mínimo horário (§ 2º do artigo 428 da CLT). O artigo 432 da CLT e seu parágrafo mostram que o aprendiz vai trabalhar entre seis e oito horas.

A duração do trabalho do aprendiz não excederá de seis horas. Este limite, porém, poderá ser de até oito horas diárias para os aprendizes que já tiverem completado o ensino fundamental, se nelas forem computadas as horas destinadas à aprendizagem teóricas (§ 1º do artigo 432 da CLT).

Será proibido ao aprendiz prestar horas extras, em qualquer situação. Assim, será vedada a compensação da jornada, ainda que previsto em negociação coletiva.

O contrato de aprendizagem extinguir-se-á em seu termo ou quando o aprendiz completar dezoito anos, ou ainda antecipadamente nas seguintes situações:

- I - desempenho insuficiente ou inadaptação do aprendiz;
- II - falta disciplinar grave;
- III - ausência injustificada à escola que implique perda do ano letivo; ou
- IV - a pedido do aprendiz (artigo 433 da CLT).

5 Convenções e Recomendações Internacionais

A Organização Internacional do Trabalho - OIT reúne-se anualmente em Conferência Geral, da qual emanam normas internacionais do trabalho: as convenções e as recomendações.

A OIT expediu uma série de convenções e recomendações sobre a proteção do trabalho da criança e do adolescente, conforme a seguir relacionamos.

A *Convenção n° 5*, de 1919, revista pela de n° 59, de 1937, estabeleceu a idade mínima de 14 anos para o trabalho na indústria (artigo 2º), salvo os membros de uma mesma família ou quando se tratar de escolas profissionais. Podem ser fixados limites superiores a 14 anos para os trabalhos perigosos ou que possam afetar a moralidade. Estabelece limites especiais para o Japão, a China e a Índia. Foi ratificada pelo Brasil em 1934.

A *Convenção n° 6*, de 1919, sobre o trabalho noturno de menores na indústria, proíbe empregar durante a noite menores de 18 anos em trabalhos industriais, públicos ou privados, ou em suas dependências, com exceção daqueles em que trabalhem apenas membros de uma mesma família; a proibição se estende aos menores acima de 16 anos nos

trabalhos que, por sua natureza, devam prosseguir dia e noite, tais como fábricas de ferro, vidro, papel, açúcar, redução de minério de ouro.⁴²

A *Recomendação n° 4*, de 1919, sobre a proteção dos menores contra o saturnismo.

A *Convenção n° 7*, de 1920, sobre idade mínima de admissão de menores ao trabalho marítimo, revista em 1936, exclui os menores de 14 anos, excetuados os membros de uma mesma família; não se aplica ao trabalho de menores em navio-escola. Essa Convenção se complementa com a de n° 16, que estabelece o requisito de exame médico obrigatório dos menores empregados a bordo.

A *Convenção n° 10*, de 1921, sobre a idade mínima de admissão de menores nos trabalhos agrícolas e que proíbe ocupá-los durante o horário de estudo nas escolas; permite, entretanto, empregar menores em trabalhos de colheita e com finalidade de formação profissional, sempre que o período de assistência à aulas não se reduza a menos de oito meses; abre exceção para as escolas técnicas.

A *Convenção n° 15*, de 1921, refere-se à idade mínima de admissão de menores como paioleiros ou foguistas, fixando-a em 18 anos, salvo nos navios-escola ou que não tenham propulsão a vapor.

A *Convenção n° 16*, de 1921, manda submeter os menores de 18 anos a exame médico antes de ingressar em empregos a bordo e proceder a novo exame a cada ano, salvo nos barcos tripulados por membros de uma mesma família.

A *Recomendação n° 14*, de 1921, sobre o trabalho noturno de menores na agricultura, manda regulamentar a ocupação dos menores de 14 anos em empresas agrícolas, de modo a lhes ser assegurado um descanso, segundo as exigências de sua saúde, pelo menos por 10 horas consecutivas; o trabalho dos menores entre 14 e 18 anos exige um descanso noturno que não seja inferior a nove horas consecutivas.

A *Convenção n° 33*, de 1932, sobre idade mínima de admissão de menores em trabalhos não industriais (revista pela de n° 60, de 1937), dispõe que cada legislação nacional determinará quais os trabalhos nas industriais, fora da agricultura, trabalho marítimo, pesca e trabalho escolar ou profissional que não tenham finalidade de lucro. A idade mínima se fixa em 15 anos mas, no caso de não prejudicar a freqüência à escola, pode ser permitido o trabalho de menores de 13 anos e 14 anos em trabalhos leves por um máximo de duas horas por dia que não seja domingo, feriado, nem à noite; por motivos científicos ou artísticos permite autorizar o trabalho até a meia-noite. No comércio, vias públicas e profissões ambulantes cada legislação nacional pode fixar idade maior.

A *Recomendação n° 41*, de 1932, sobre a idade mínima de admissão de menores em trabalhos não industriais, estabelece que, durante o período escolar, sejam ocupados o menos possível e que, fora do horário escolar, suas ocupações sejam leves, podendo servir como meninos de recado, distribuidores de jornais, em serviços de desportos e diversões,

venda de flores e frutas, sempre com certificado médico sobre sua capacidade física. Proibição de emprego de menores de 12 anos em espetáculos públicos, seja como atores ou figurantes, salvo autorizações especiais, no interesse da arte, da ciência ou do ensino e com a condição de não prejudicar seus estudos e não lhes permitir trabalhar à noite ou em dias festivos; para os trabalhos perigosos será necessária prévia audiência dos organismos patronais e operários interessados.

A *Convenção n° 138*, de 1973, que engloba as Convenções anteriores e pretende substituí-las gradativamente, dispõe sobre a idade mínima para admissão em emprego. Como regra geral, fixa a idade mínima em 15 anos, admitindo-se excepcionalmente em 14 anos.⁴³

Por fim, a *Convenção n° 182*, de 1997, sobre as piores formas de trabalho infantil, proibindo-as, e a necessidade de ações imediatas para sua eliminação. Entre as piores formas de trabalho infantil, compreensivas de menores com até 18 anos, incluem-se a escravidão e práticas análogas, como a venda e tráfico de crianças, o trabalho forçado ou obrigatório, inclusive em conflitos armados, o recrutamento para prostituição ou práticas pornográficas, para produção e tráfico de entorpecentes, o trabalho que possa produzir danos à saúde, à segurança ou à moralidade das crianças. O Estado, as organizações de trabalhadores e empregadores, conjuntamente, definem os tipos de piores formas de trabalho, revisando-os periodicamente, e devem localizar onde ocorre a prática a ser abolida.

6 Conclusão

No decorrer de nossa exposição tivemos oportunidade de apontar algumas causas do trabalho infantil. Certamente, a *pobreza* é a de maior determinação. Enquanto houver pessoas, crianças e adultos, a passar fome haverá crianças e adolescentes a trabalhar.

A realidade é cruel, cruéis são os homens, exploradores da desgraça alheia, usurpadores da infância e dos sonhos de tantas crianças e adolescentes que, para não passarem maior privação, submetem-se muitas vezes a trabalhos degradantes.

Assegura a UNICEF, a criança é mais hábil, mais dócil, mais explorável e mais barata para o empregador, daí a preferência pelo trabalhador menor.

No Brasil, o Programa Internacional para a Eliminação do Trabalho Infantil - IPEC, de iniciativa da OIT, em conjunto com o governo da Alemanha, felizmente, apresenta resultados animadores. Constatou-se a redução de quase 40% do número de crianças em trabalho infantil durante os anos 1992 a 2002.

Por outro lado, embora existam normas de proteção ao trabalho do menor, a legislação brasileira ainda carece de sensíveis avanços na salvaguarda dos interesses e direitos dos menores trabalhadores. Medi-

das efetivas de proteção, a exemplo da fixação da idade mínima para a admissão da prestação do trabalho do menor, ora fixada em dezesseis anos, em consonância com os ditames da Convenção 138/1973 da OIT, a qual somente adotada no Brasil em 1998.

A realidade normativa brasileira, de certo modo, ainda lhes é desfavorável, a começar pelo período normal de trabalho semanal de quarenta e quatro horas e do intervalo entre as jornadas de trabalho diário, fixada em onze horas de descanso.

No que se refere ao trabalho suplementar, a legislação brasileira é relativamente branda e permissiva, afinal admite pelo menos duas exceções, pois, mediante instrumento de regulamentação coletiva, há possibilidade de prestação de trabalho em até duas horas diárias, que serão compensadas. Em outro caso, havendo a ocorrência de força maior, pode o menor ser obrigado a trabalhar até 12 (doze) horas diárias, quando então passa a receber um acréscimo salarial de 50% (cinquenta por cento).

Num ponto a legislação brasileira se destaca de forma positiva, há previsão constitucional de proibição do trabalho em período noturno (inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal de 1988).

Vê-se, portanto, que não é por falta de previsão legal, por mais permissiva ou falha que seja, que a realidade do trabalhador menor continua a macular a história humana. Em pleno Século XXI, utiliza-se do trabalho infantil, muitas vezes das piores formas, como ocorre neste país, a vista de todos, inclusive das autoridades públicas, tomemos como exemplo a utilização de crianças no tráfico de drogas e em conflitos armados.

A sociedade deve estar atenta e contribuir, de forma ativa e participativa, na busca de melhores soluções e, principalmente, na tentativa de erradicação do trabalho infantil. O homem como elemento gerador de riqueza, não pode olvidar dos sentimentos e do respeito ao próximo, nomeadamente na construção de uma sociedade mais justa e equânime.

Notas

- 1 VILLALOBOS, Patricia Kurczyn. **El trabajo de los niños. Realidad y Legislación.** In Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año 30N.89. pp. 559-602.
- 2 Convenção aprovada em 20 de novembro de 1989, na cidade de Nova Iorque.
- 3 Segundo o diploma civil brasileiro, os menores de dezesseis anos são considerados absolutamente incapazes para o exercício pessoal dos atos da vida civil.
- 4 CORDOVIL, Maria Isabel. Ministério do Trabalho e da Solidariedade. **Trabalho Infantil em Portugal - Caracterização social dos menores em idade escolar e suas famílias**, p. 27.
- 5 *Op. cit.* Pág. 559. "Por trabajo infantil se entiende toda actividad libre o forzosa de menores de edad para producir bienes o servicios, de manera

- subordinada o no, em industria familiar o de terceros remunerado o independentemente del tipo de remuneración em dinero ou em espécie que reciba para si o para terceros, aun cuando a la relación laboral se lê denomine distinto, se lê asigne outra natureza o se disfrace com alguna outra figura jurídica".*
- 6 *Idem*, p. 559-560, *apud* Gerry Rodgers e Guy Standing, in **Trabajo infantil, pobreza y desarrollo**.
 - 7 VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**, 21ª. Ed. , Volume II , São Paulo, 2003, p. 996-999.
 - 8 TEIXEIRA FILHO, João de Lima, (**Instituições de Direito do Trabalho**, 21ª. Ed. , Volume II , São Paulo, 2003), cita a tradução brasileira do Código de Hamurabi, feita por Emanuel Bouzon diretamente sobre o texto babilônico (5ª ed., Vozes, Petrópolis, 1992), que contém as seguintes disposições: "§ 188 - *Se um artesão tomou um filho, como filho de criação, e lhe ensinou o seu ofício, ele não poderá ser reclamado.*
§ 189 - *Se ele não lhe ensinou o seu ofício, esse filho de criação poderá voltar para a casa de seu pai*".
 - 9 VILLALOBOS, Patrícia Kurczyn. *Op. cit.*, p. 566, nota de rodapé 19, ao mencionar Louis-René Nougier, in **História general del trabajo**, p. 42-44.
 - 10 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho**, atualizado por José Augusto Rodrigues Pinto, 16a. Edição, Rio de Janeiro, p. 404.
 - 11 BOTIA, Alberto Câmara. **Viejas y nuevas perspectivas sobre el trabajo infantil**. Revista Española de derecho Del Trabajo - 122. Abril/Junho 2004. Civitas Ed. Madrid. 2004, p. 240.
 - 12 OIT. Statistics on Working Children and Hazardous Child Labour in Brief, April 1998.
 - 13 CORDOVIL, Maria Isabel. *Op. cit.*, p., 37.
 - 14 ROSA, Patrícia. **Trabalho Infantil**, trabalho publicado na Internet. <<http://www.net-uniao.com.br>>
 - 15 CORDOVIL, Maria Isabel. *Op. cit.*, p. 36, tendo por base dados do então Ministério do Trabalho e da Solidariedade portugues.
 - 16 CORDOVIL, Maria Isabel, *Op. cit.*, p. 37
 - 17 *Idem*, p. 39. Fonte: OIT/IPEC, Fact Sheets, Jan 97.
 - 18 KASSOUF, Ana Lúcia. **O Brasil e o trabalho infantil no início do século 21**. OIT. Brasília. 2004.
 - 19 ISABEL, Maria. *Op. cit.* Pág. 40. Fonte: OIT/IPEC. **The demand for child labour**, 1997.
 - 20 The State of the World's Children 1999, UNICEF.
 - 21 KASSOUF, Ana Lúcia. **O perfil do trabalho infantil no Brasil, por regiões e ramos de atividade**. OIT. Brasília, 2004. p. 66.
 - 22 Organização Internacional do Trabalho. **Boas práticas de combate ao trabalho infantil: os 10 anos do IPEC no Brasil**. Brasília. 2003.
 - 23 *Idem*, p. 65/66.
 - 24 BOTIA, Alberto Câmara. *Op. Cit.*, p. 241/246.
 - 25 *Idem*, p. 242.
 - 26 *Idem*, p. 243.
 - 27 *Idem*, p. 245.
 - 28 Segundo TEIXEIRA FILHO, a Constituição de 1988 assegura o direito de o menor não trabalhar motivada pela

- compreensão de que em tenra idade é imperiosa a preservação de certos fatores básicos, que forjam o adulto de amanhã, tais como: (I) o convívio familiar e os valores fundamentais que aí se transfundem; (II) o inter-relacionamento com outras crianças, que molda o desenvolvimento psíquico, físico e social do menor; (III) a formatação da base educacional sobre a qual incidirão aprimoramentos posteriores; (IV) o convívio com a comunidade para regular as imodações próprias da idade etc., *in Instituições de Direito do Trabalho*, de Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão, Segadas Vianna e Lima Teixeira. 21ª edição, p. 1002-1003.
- 29 MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**, 17ª edição, Ed Atlas, São Paulo, 2003, p. 584. É um deles, porém reconhece que o melhor mesmo é deixar o menor estudar.
- 30 Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão, Segadas Vianna e Lima Teixeira, *Op. cit.*, p. 1002.
- 31 TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Op. cit.*, p. 1009.
- 32 MARINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.*, p. 582.
- 33 CLT, artigo 73, § 2º. "Considera-se noturno, para os efeitos deste artigo, o trabalho executado entre as 22 horas de um dia e as 5 horas do dia seguinte".
- 34 Constituição Federal, artigo 7º, inciso XXXIII: "*proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 (dezoito) e de qualquer trabalho a menores de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos*".
- 35 CLT, artigo 189. "Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade de agente e do tempo de exposição aos seus efeitos".
- 36 CLT, artigo 193. "São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado".
- 37 Martins, Sérgio Pinto. *Op. cit.*, p. 586.
- 38 CLT, § 3º do artigo 405. "Considera-se prejudicial à moralidade do menor o trabalho: a) prestado de qualquer modo, em teatros de revista, cinemas, boates, cassinos, cabarés, 'dancings' e estabelecimentos análogos; b) em empresas circenses, em funções de acrobata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes; c) de produção, composição, entrega ou venda de escritos impressos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, emblemas, imagens e quaisquer outros objetos que possam, a juízo da autoridade competente, prejudicar sua formação moral; d) consistente na venda, a varejo, de bebidas alcoólicas".
- 39 TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Op. cit.*, p. 1007.
- 40 TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Op. cit.*, p. 1010.
- 41 MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.*, p. 591.
- 42 Intoxicação pelo chumbo, freqüente nos pintores.
- 43 OIT. Convenção 138. Art. 2º/3. "*A idade mínima fixada nos termos do Parágrafo 1º. Deste Artigo não será inferior à idade de conclusão da escolaridade compulsória ou, em qualquer hipótese, não inferior a quinze anos. 4. Não obstante o disposto no*

Parágrafo 3º deste Artigo, o País-membro, cuja economia e condições do ensino não estiverem suficientemente desenvolvidas, poderá, após consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores concernentes, se as houver, definir, inicialmente, uma idade mínima de quatorze anos".

A Convenção nº 138 e Recomendação nº 146, da OIT, sobre a idade mínima de admissão a emprego - 1973, suscitam a indispensável atenção a vários fatores econômico-sociais.

Referências

CÁMARA, Alberto Botía. **Viejas y nuevas perspectivas sobre el trabajo infantil**. Revista Española de Derecho Del Trabajo - 122. Abril/ Junho 2004. Madrid: Civitas Ediciones s.c. 2004. p. 227/246.

CORDOVIL, Maria Isabel. **Trabalho Infantil em Portugal - caracterização social dos menores em idade escolar e suas famílias**. Ministério do Trabalho e da Solidariedade. Lisboa. 2000.

FONSECA, Vicente José Malheiros. **O trabalho do menor no direito brasileiro**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém. V. 32. nº. 63, p. 1-324. Jul./Dez./1999.

GOMES, Orlando e Elson Gottschalk. **Curso de Direito do Trabalho**, 16ª. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

KASSOUF, Ana Lúcia (Coord.).

_____. **O Brasil e o trabalho infantil no início do século 21**. OIT. Brasília, 2004.

_____. **Perfil do trabalho infantil no Brasil, por região e ramos de atividade**. OIT. Brasília, 2004.

LEITÃO, Luis Miguel Teles de Menezes. **Código do Trabalho Anotado**. 2ª. Ed. Coimbra: Almedina, 2004.

LEITE, Jorge e F. Jorge Coutinho de Almeida. **Código do Trabalho**. 2ª. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 17ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MESQUITA, José Andrade. **Direito do Trabalho**. 2ª Ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2004.

Organização Internacional do Trabalho - OIT. **Boas práticas de combate ao trabalho infantil: os 10 anos do IPEC no Brasil**. Brasília, 2003.

PESTANA, Catalina (Coord.).

_____. **Trabalho de Menores - As medidas adoptadas face à resolução nº 146 da OIT**. Ministério do Emprego e da Segurança Nacional. Lisboa. 1992.

_____. **Plano para eliminação da exploração do trabalho infantil: medidas políticas e legislativas**. Ministério do Trabalho e da Solidariedade. Lisboa. 2001.

ROSA, Patrícia. **Trabalho Infantil**, artigo publicado na Internet. <<http://www.net-uniao.com.br>> Acessado em 15/01/2005.

SUSSEKIND, Arnaldo. Délio Maranhão, Segadas Vianna e Lima Teixeira. **Instituições de Direito do Trabalho**, Vol. I. 21ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

VILLALOBOS, Patrícia Kurczyn. **El trabajo de los niños. Realidad y legislación**. Boletín Mexicano de Derecho Comparado.

Políticas públicas ambientais: uma reflexão teórico-conceitual para o seu regime jurídico no Brasil

Ruy Telles de Borborema Neto

Advogado da Caixa no Pará

Mestrando em Direitos Humanos pela

Universidade Federal do Pará

Ex-Visiting Student na Pace University School of Law

RESUMO: Este trabalho explora as políticas públicas ambientais como uma categoria do direito público que, no âmbito do direito ambiental, refaz a articulação entre o direito constitucional e o direito administrativo. Inicialmente, examinam-se as contradições existentes na administração pública ambiental brasileira, que derivam da conjugação de referências dos modelos francês e anglo-americano, centrando-se nos princípios de igualdade, legalidade e eficiência, bem como no problema do poder e dos privilégios. Em seguida, fez-se uma discussão teórica sobre as políticas públicas, na qual se abordou o surgimento e a evolução da noção de política pública no direito norte-americano, bem como a relação existente entre direito e políticas públicas. Depois, buscou-se reunir elementos para um conceito de políticas públicas para o direito brasileiro, no qual elas estabeleçam metas coletivas, servindo-se dos mais variados instrumentos jurídicos, com ênfase no seu aspecto procedimental.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Direito Público. Administração Pública. Direito Ambiental.

1 Introdução

Este trabalho parte da premissa de que o problema fundamental do direito, incluindo-se os direitos relativos à proteção do meio ambiente, é não a sua fundamentação ou justificação - uma questão da filosofia - mas a sua proteção, ou numa linguagem mais adequada ao direito ambiental, a sua implementação - uma questão jurídica e, num sentido mais amplo, política.¹

O direito ambiental está ligado, em grande parte, ao estudo das atividades do Estado, isto porque ele se serve do direito administrativo, que é o direito público interno por excelência,² para a sua implementação.³

A ciência do direito administrativo no Brasil, todavia, não tem conseguido oferecer uma teoria geral apta a ser aplicada ao direito ambiental, uma vez que as categorias da teoria do direito administrativo são inadequadas para compreender e operar dentro dos limites e de acordo com exigências das funções do Estado em relação ao meio ambiente.⁴

Isto porque, no Brasil, o direito público interno, em geral, e o direito administrativo, em particular, se adequados do ponto de vista negativo - da proteção dos direitos individuais em face do Estado, o que, por si só, é questionável - ficam certamente aquém do que seria necessário para introduzir uma diretriz positiva no Estado - de uma administração pública com sentido promocional e compensador - necessária para o desenvolvimento.⁵

A administração pública brasileira nasceu e se manteve inspirada por uma missão abstencionista. Paradoxalmente, formou-se uma administração pública autoritária e vertical, que age por atos unilaterais, sendo insuficiente para apreender e emular as formas novas que estão sendo gestadas na teoria do direito ambiental.

Assim sendo, a administração pública ambiental, que se estruturou nos últimos 20 anos, recebeu esse referencial teórico-dogmático incoerente e inadequado para a consecução de seus fins.

Ademais, a teoria liberal, que inspirou essa administração pública passiva, legou à contemporaneidade um modo de governar que se caracteriza pela falta de canais de expressão das escolhas políticas que deveriam alimentar as alternativas facultadas ao administrador público, no âmbito do exercício discricionário do seu poder. Nesse paradigma, a definição de interesse público é tarefa da burocracia.

Falta, portanto, um parâmetro de limites positivos à ação administrativa voltada para o meio ambiente, um referencial mais completo ou mais consistente das diretrizes para as escolhas abertas ao administrador público. Esse espaço poderia ser ocupado pelas políticas públicas juridicamente qualificadas segundo forma e regime próprio, o que requer uma mudança metodológica na própria compreensão do direito público em sentido amplo, a partir das políticas públicas.

O trabalho será desenvolvido em duas seções principais. Na primeira, far-se-á um apanhado da situação da administração pública brasileira - não restrita à ambiental - tendo como pontos de discussão as suas contradições, que constituem o marco da ineficácia da administração pública brasileira, que precisa e pode ser alterado através das políticas públicas. Essa análise mostra a necessidade de se rearticular o direito público em torno do conceito de política pública, tarefa que tem sido empreendida mais adequada e profundamente no âmbito do direito ambiental. Portanto, embora a análise desta seção não se restrinja ao direito ambiental - mantendo-se em geral para o direito público - ela mostra justamente os avanços que se tem conseguido através do direito ambiental.

Na segunda, examinar-se-ão as políticas públicas como categoria jurídica alternativa para a superação da crise na administração pública ambiental, a partir da experiência dos Estados Unidos da América (EUA), procurando reunir elementos teóricos para uma compreensão satisfatória do tema das políticas públicas. Ainda dentro desta seção, o referencial teórico reunido nas seções anteriores será utilizado para fazer elaborar um conceito de política pública ambiental. Obviamente, não se tem a pretensão de esgotar o tema, mas simplesmente de refletir sobre a oportunidade de se tomar a categoria das políticas públicas para enfrentar os problemas de ineficácia do direito público, o que, mais uma vez, tem se revelado com relativo sucesso no âmbito do direito ambiental.

Este trabalho adota a técnica do direito comparado, tendo como referência comparativa o direito público norte-americano - primariamente, o direito administrativo; e secundariamente, o direito constitucional e o da regulação.

O estudo comparativo com o direito norte-americano justifica-se, em geral, pela abordagem interdisciplinar e pragmática que ele tem, que parte da tradição acadêmica dos EUA. O pragmatismo do direito americano faz com que haja proximidade entre os elementos materiais as soluções formais criadas pelo direito.

Em particular, a análise comparativa com o direito público norte-americano é relevante porque o direito público norte-americano apresentou uma interessante evolução, que parece ter girado em torno do conceito de políticas públicas: uma articulação, de um lado, entre o instituto da delegação de poderes legislativos para as agências para implementarem programas de ação governamental e, de outro, o processo administrativo de tomada das decisões pelas agências decorrentes da delegação legislativa, o que, como se constatará, ao longo do trabalho, está no cerne da noção de políticas públicas.

Esse processo administrativo que as agências são obrigadas a seguir na implementação dos programas a elas designados tornou-se um verdadeiro processo de formação das políticas públicas, no qual a participação popular tem sido um elemento importantíssimo para seu o sucesso. O direito administrativo norte-americano tornou-se, em essência, a procura de uma teoria de como a política pública deve ser feita.⁶

2 Contradições da Administração Pública

O direito administrativo - que é o direito público interno por excelência - centraliza, ainda que não esgote, dentro dos contornos do direito constitucional, a estruturação jurídica da ação do Estado.

A noção de que o direito administrativo não tem eficácia - em especial quando é utilizado para realizar direitos que exigem ações do Estado, como o direito ambiental - é tomada, muitas vezes, como um truísmo, sem o cuidado científico de se examinar as causas e a extensão dessa ineficácia.

No trabalho pioneiro de Maria Paula Dallari Bucci sobre as políticas públicas no direito brasileiro, parte-se da idéia de que o direito administrativo possui uma série de contradições - cinco, principalmente - que apontam para a "tensão dialética entre algumas idéias-chave para a estruturação do direito administrativo tal como se apresenta no Brasil".⁷ Por isso, afirma-se que as contradições do direito administrativo formam o marco jurídico da ineficácia da administração pública, incluindo, a administração pública do meio ambiente.

Far-se-á nesta seção uma análise das cinco contradições do direito administrativo brasileiro, tendo como referencial teórico principal a tese de Bucci, mostrando a importância da discussão das políticas públicas como uma categoria central para a superação da distância entre o direito e a prática da administração pública, nas ações voltadas para o meio ambiente.

2.1 Poder: organização e contenção

O direito administrativo cumpre uma dupla função, que é a de organizar o Estado, do ponto de vista interno, e ao mesmo tempo conter o poder do Estado nas suas relações com os cidadãos, acabando por ser sinônimo de Estado de direito.⁸

O Estado de direito consagra o princípio da legalidade no âmbito público, pelo qual toda a atuação do Estado deve estar fundada e autorizada por uma norma jurídica, de forma que todo o exercício de poder do Estado se transforma em uma competência.⁹

Portanto, o direito administrativo, de inspiração francesa, ao menos em sua origem, tem como problema principal a contenção do poder do Estado, sendo a ênfase dada sobre o problema da segurança jurídica ou, em outros termos, da clareza quanto aos limites de atuação do poder estatal.

A tensão que se identifica, neste ponto, está justamente na necessidade do poder do Estado, de um lado, ser exercido com autoridade e, de outro, com organização. O direito administrativo precisa, ao mesmo tempo, ser instrumento da liberdade, protegendo o cidadão contra o Estado, e meio de realização da atividade administrativa, realizando a vontade do Estado. Isso leva ao problema central do direito público, que é o conflito entre autoridade e liberdade.¹⁰

Nesse processo de juridificação do Estado, uma das principais contribuições do direito administrativo foi a organização da burocracia - um corpo permanente de pessoal profissional, uma regularidade abstrata da execução da autoridade, no conceito de Weber, o que permitiu a despersonalização do poder.¹¹

A idéia de burocracia é central para o Estado de direito, pois nela se encontram os princípios da igualdade perante a lei e da legalidade. Tradicionalmente, os conceitos de administração e governo

são distintos, entendendo-se que governar é tomar decisões políticas e administrar é executar técnica e rotineiramente as decisões do governo. Assim, a definição do interesse público seria do governo, cabendo à administração pública apenas materializá-la, impulsionada, sempre, pelo governo.

A distinção entre administração e governo apresentada corresponde mais a um tipo ideal do que real. As funções de governo e administração, embora se tente destacar os seus papéis distintos, estão continuamente se interpenetrando. O mais adequado, portanto, é que o governo integre política e administração.

O direito administrativo brasileiro ainda não chegou a um entendimento com a ciência da administração, para uma disciplina satisfatória da organização do poder, o que contribui para a sua ineficácia. Ademais, o direito administrativo no Brasil enfrenta o desafio de desenvolver concomitantemente o Estado de direito e uma cultura administrativa gerencial.¹²

Acaba-se por ter uma estrutura institucional de Estado e de administração pública não correspondente ao amadurecimento da cultura política e social, justamente porque não há eficácia em abstrato, mas sempre relativa a um determinado de um povo em determinado momento de sua história.

A contradição que o direito administrativo enfrenta, entre a contenção e a organização do poder, tem um aspecto muito pouco explorado, que é o seu posicionamento em relação ao administrado. No Estado absolutista, o administrado era visto como súdito; no liberal, como cidadão; no social, como utente. Nos anos 90, o administrado passou a ser visto mais como consumidor ou cliente de uma administração pública gestora.

Todavia, o mais adequado seria vê-lo como sócio do que como cliente ou consumidor, conceitos que têm um interesse individual e particular, aos quais falta a perspectiva da comunidade. A idéia de cidadão faz aparecer uma dimensão suplementar dentro da relação administrativa, a cívica. Isso aponta para o núcleo do problema da administração pública no Brasil, a falta de cidadania.

2.2 Igualdade e prerrogativas

Uma das principais diferenças entre o direito administrativo de matriz francesa e anglo-americana é a existência ou não de prerrogativas que derrogam e exorbitam do direito comum. A noção de prerrogativa - uma legalidade *sui generis* - surgiu num contexto sociológico e histórico específico: a França do final do século XVIII, na transição do absolutismo para o Estado de Direito, para substituir a autoridade antes despótica do monarca e pela dificuldade de passar direta e imediatamente do absolutismo à plena legalidade.

A terminologia prerrogativa está carregada de significado negativo, havendo, no Brasil, uma história de resistência à igualdade perante a lei pela administração pública brasileira.

Na concepção anglo-americana, a administração pública, assim como os particulares, são submetidos ao sistema do *common law*. A administração pública tem os mesmos instrumentos que os indivíduos para a consecução do interesse público. Essa idéia, estranha no Brasil, é bastante coerente com o princípio da igualdade, de inspiração liberal, para o qual todos os sujeitos de direito devem ser submetidos às mesmas normas e tribunais.

A horizontalidade americana da relação entre a administração pública e os particulares, em contraste com a verticalização francesa, propiciou uma maior proximidade entre o poder e os seus titulares.

As prerrogativas criam uma desigualdade de tratamento que procura se justificar em virtude da desigualdade de condições existente entre a administração pública e os cidadãos. As desigualdades trazidas pelas prerrogativas podem ser admitidas em direito - atendendo-se ao princípio da igualdade - desde que as discriminações ou desigualdades criadas sejam amparadas em norma e guardem uma correlação lógica com a finalidade da norma.¹³

A existência de prerrogativas tem um fundamento objetivo, que é a necessidade de poderes especiais, com encargos especiais, para a realização de atribuições igualmente especiais. As prerrogativas justificam-se na qualidade pública dos interesses que a administração pública persegue.

Entretanto, é incoerente que a administração pública não expresse seus poderes - sejam ou não considerados especiais - como atribuições ou competências previstas em lei, mas como prerrogativas decorrentes de seu poder de império, pois os seus poderes especiais, não previstos taxativamente, acabam não se sujeitando a um controle especial.¹⁴

As prerrogativas, como traço característico do direito administrativo, perdem amplitude e importância com a disseminação da idéia de democracia, passando a ser reconhecidas de forma circunscrita a alguns tópicos especiais do direito administrativo. Assim, as competências são enunciadas em termos de deveres, em Duguit, ou deveres-poderes, em Santi Romano, perdendo sentido a referência ao conceito de prerrogativa.¹⁵

A administração pública, no direito anglo-americano e de forma pragmática, teria se incumbido das mesmas funções tendo como instrumento o direito comum, não reclamando um estatuto jurídico especial, fazendo-o, inclusive, com bastante eficiência.

Percebe-se hoje uma fuga da administração pública para o direito privado, movimento através do qual busca fugir das prerrogativas, escapando, também, às sujeições que as acompanham, típicas do regime-jurídico administrativo, de inspiração francesa. O movimento de

contratualização do direito administrativo é indicativo da crise da noção de prerrogativa e também da busca da legitimação das ações administrativas pelo consenso.¹⁶

2.3 O princípio da legalidade: fontes, poder regulamentar e eficácia

O direito administrativo - de matriz francesa, que foi a mais influente no Brasil - tem uma origem fortemente jurisprudencial, com as elaborações do Conselho de Estado, o que relativiza a afirmação de que a administração pública está sujeita ao princípio da legalidade estrita.¹⁷

No Brasil, o direito administrativo foi legislado desde a sua origem. Todavia, a contradição entre a sua origem jurisprudencial e o princípio da legalidade permanece, pois a atividade do Poder Legislativo - a edição de leis em sentido formal - não esgota a necessidade de normas para a realização das atividades administrativas.

A administração pública exerce poderes quase-legislativos e quase-judiciais, muitas vezes não no âmbito de uma competência plenamente definida, mas através da institucionalização de certas práticas e procedimentos, como uma normatividade de fato, por assim dizer.

A legalidade não é uma relação de conformidade, mas de compatibilidade ou habilitação, o que, ainda assim, conserva um sentido garantista.¹⁸ O princípio da legalidade pressupõe a idéia de lei - instrumento de fixação de direitos e deveres, definindo a relação entre o Estado e os indivíduos - considerada a única expressão da vontade geral e fonte exclusiva do direito.

Em matéria administrativa, todavia, a legalidade significava, ao menos inicialmente, a submissão da administração pública à jurisprudência. Era uma autêntica *case law*, presidida por uma técnica de emprego dos princípios gerais do direito (alguns deles normas extratextuais), extraídos, pelo Conselho de Estado, a partir de textos como a Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e do preâmbulo da Constituição de 1946.

A importância dos princípios se irradiou para os países influenciados pelo direito administrativo francês e a jurisprudência passou de fonte secundária à primária, ao lado da lei. Lei e jurisprudência constituem uma unidade axiológico-normativa nos países de direito administrativo, anterior à consagração dessa idéia pelo direito constitucional.¹⁹

O conceito de legalidade passou para o de bloco de legalidade, constituído de um agregando de fontes do direito, que fornece a habilitação legal, tanto em termos dos fundamentos do ato, como das formas em que ele se expressa e dos procedimentos que conduzem à sua edição. O que é novidade no direito administrativo é a submissão da administração pública ao direito constitucional.²⁰

A singularidade do direito administrativo brasileiro é a de ser legislado desde a origem, porque o legislador recebeu uma prévia elaboração dogmático-doutrinária. No entanto, a interpretação e a aplicação das leis não é somente feita pela administração pública e pela jurisprudência, mas em parcela significativa pela doutrina administrativista. No direito administrativo brasileiro, ao invés de se ter a legislação e a jurisprudência como fontes principais e a doutrina e o costume como fontes secundárias - como ocorre nos países cujo direito administrativo é de inspiração francesa - a lei é a fonte principal e a doutrina atua como fonte secundária de grande relevância.²¹

Ocorre que a doutrina padece do compromisso institucional que existe na produção jurisprudencial de determinado tribunal, acentuando-se o seu caráter assistemático, uma vez que a produção nessa área é alimentada pela necessidade de solucionar casos concretos.

Em que pese a importância dos princípios para o direito administrativo brasileiro - porque os princípios proporcionam a necessária respiração do sistema jurídico, para a elaboração de informações necessárias que partem de outros sistemas - a legalidade aplicada no Brasil tem, em razão disso, um aspecto frágil - porque fundamentar decisões administrativas em princípios caracterizados pela indeterminação é fator de fragilização da própria legalidade.

O modo de atuação do poder regulamentar no Brasil também mostra o caráter restrito e enfraquecido do princípio da legalidade, entendido o poder regulamentar não só como o poder de expedir decretos para a fiel execução da lei, mas toda atividade normativa infralegal da administração pública direta e indireta.

É perturbadora a reiterada extrapolação administrativa dos limites legais ao poder regulamentar que é, em última análise, parte do problema da separação de poderes entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, sobretudo no Estado social, o que está longe de ser resolvido não só no Brasil.

Nos EUA, essa discussão existe, mas o referencial é distinto, tendo em vista que a legitimidade jurídica da atividade normativa das agências é dada pelo instituto da delegação de poderes legislativos, o que decorre da inexistência de um poder regulamentar geral do Poder Executivo que emanasse da Constituição.

A distinção entre os conceitos de delegação e poder regulamentar não é nada clara, mas, em ambos os casos, não dariam sustentação à amplitude da atividade normativa do poder executivo.²²

Percebe-se, assim, que o princípio da legalidade no Brasil tem uma baixa eficácia. Esconde-se por detrás dele uma normatividade extralegal, eminentemente principiológica, proveniente da doutrina e dos costumes, no entanto, sem o controle do contencioso administrativo existente no sistema francês. Essa normatividade de fato provém, sobretudo, do poder regulamentar do Executivo, ao qual também falta um título

de habilitação legislativa claro. Ademais, a própria normatividade legal carece de eficácia, pois a administração pública acaba por não praticar os atos necessários à execução da lei.

2.4 O princípio da eficiência e a responsabilidade civil do Estado

O tema da eficiência permeou o processo desregulação nos EUA, na administração de Ronald Reagan, marcando os anos 80 como os do Estado "custo-benefício".

A *Executive Order* nº 12.291 determinou ao *Office of Management and Budget* o controle da regulação, com atenção detida aos custos e benefícios das iniciativas propostas. A administração de William (Bill) Clinton manteve a mesma linha com a *Executive Order* nº 12.866.

Ao mesmo tempo, o controle judicial dos atos das agências foi assumindo progressivamente uma dimensão mais substantiva com a doutrina do *hard look*, que consiste no controle do procedimento administrativo visando aferir se o resultado é realmente uma decisão bem informada e adequadamente justificada, através de uma ponderação dos princípios da supervisão e da deferência.²³

No mesmo sentido, a proporcionalidade na jurisprudência do Conselho de Estado francês incorpora elementos que integram a noção de eficiência, tendo um sentido de balanço custo-benefício.

O princípio da eficiência, que é uma tendência nos dois sistemas, reconhece um âmbito do conhecimento de mérito dos casos pela instância de controle - seja jurisdicional ou administrativa - sendo também, nos sistemas de direito administrativo, um esforço de superação do seu formalismo característico.

A inserção do princípio da eficiência na Constituição de 1988, pela Emenda à Constituição nº 19/1998, pode acabar tendo sentido retórico, se não se realizarem as medidas concretas para a sua implementação. Deve-se, portanto, buscar um uso legitimador do princípio da eficiência.

Por exemplo, existe uma contradição entre a responsabilidade civil do Estado - que é objetiva, sob a teoria do risco - e o princípio da eficiência, uma vez que condutas imputáveis à administração pública nem sempre concretizam o dito interesse público.

A teoria do risco, como vem sendo construída na jurisprudência brasileira, não tem correspondido tanto ao ideal de solidariedade social. Mas, pelo contrário, tem preponderado muitas vezes somente a idéia de retribuição. O modo como se tem tratado a responsabilidade civil do Estado fortalece a separação entre Estado e sociedade civil no Brasil.

A responsabilidade civil objetiva, sob a teoria do risco, em geral muito bem vista pela jurisprudência e doutrina, tem um aspecto negativo, que é a perda da noção de culpa e a centralidade da noção de dano antijurídico. A imunidade dos funcionários públicos na origem do direi-

to administrativo francês está na raiz do problema da socialização ilimitada dos prejuízos causados pela administração pública, uma marca diferenciadora entre o direito administrativo francês e o direito anglo-americano. Dever-se-ia, portanto, aproximar as noções de competência, como atribuição de poderes para o exercício de funções legalmente consagradas, e de responsabilidade.²⁴

A perspectiva voltada à reparação de atos passados no direito administrativo deixa de lado uma perspectiva prospectiva, de uma orientação que deve ser dada para o futuro. A possibilidade de indenizar funciona como válvula de escape ao enrijecimento do interesse público, o que, todavia, pode ser deturpado.

O uso da indenização, em muitos casos, representa que a administração pública deixa de exercer o seu papel de articuladora dos interesses sociais, preferindo reparar a prevenir o dano.

2.5 O regime de direito administrativo e a unidade de jurisdição

O direito administrativo brasileiro, embora tenha tomado praticamente todas as referências do modelo francês, não adotou o sistema do contencioso administrativo, elemento mais característico dele.

O sistema do contencioso administrativo e o da jurisdição única, ambos sistemas de controle, apenas trazem arranjos institucionais distintos para a mesma finalidade: a legalidade. Os arranjos de índole propriamente jurisdicional têm três tipos principais: o primeiro, como nos EUA e Inglaterra, em que a administração pública se submete aos mesmos tribunais e ao mesmo direito que os cidadãos; o segundo, como na Alemanha, em que dentro do Poder Judiciário funciona uma seção especializada na matéria administrativa; e o terceiro, como na França, em que o órgão de controle se encontra fora da estrutura do Poder Judiciário, embora funcione segundo os moldes da atuação jurisdicional. Esses tipos principais apresentam algumas variações nos diversos países.²⁵

A principal função do contencioso administrativo é garantística, ou seja, de controle dos atos da administração pública. O exercício dessa função lhe dá um segundo papel, que é organizativo, ou seja, de estruturação do direito administrativo. O Conselho de Estado é a instância que confere juridicidade às práticas administrativas, ou seja, cria, em grande parte, o direito administrativo.

Na França, o controle do poder se exerce basicamente pelos recursos contenciosos, sintetizados na figura do *excès de pouvoir* e a organização é dada pela jurisprudência administrativa, como uma autêntica *case law*.²⁶ Nos EUA, o controle cabe ao Poder Judiciário e a organização padece de precariedade. Em primeiro plano, as agências são divididas em razão da matéria, sob uma supervisão, frouxa, do *Office of Management and Budget*.

A síntese das experiências no Brasil produziu um sistema lacunoso na organização e falho no controle.

A concepção tradicional de justiça administrativa está fundada tanto sobre uma interpretação restritiva da separação de poderes como sobre a tradição anterior da monarquia francesa, que estava associada aos juízes, tendo surgido em condições muito próprias que não se repetiram em outros países, tanto é que os países que a adotaram introduziram mudanças no sistema.

O Conselho de Estado está ligado ao Poder Executivo não apenas em sua função consultiva - apreciação prévia de projetos de lei - como também no pessoal - que transita entre o Conselho de Estado e a administração pública ativa. Atualmente, o Conselho Constitucional passou a ocupar um lugar muito mais destacado na produção de um direito público próprio desse tempo.²⁷

O direito administrativo brasileiro adotou e mantém até hoje o sistema de *justice retenue* (justiça retida) do período napoleônico, em que os pareceres em resposta a consultas só adquirem eficácia após a aprovação imperial. A reforma de 1872 imprimiu feição tipicamente jurisdicional ao contencioso administrativo na França e isso não ocorreu no Brasil.²⁸

O sistema do contencioso administrativo é impossível dentro do atual sistema constitucional, mas a jurisprudência administrativa tem uma função formadora e pedagógica, que seriam necessárias no Brasil.

Mesmo nos EUA, em que há pouca legislação sobre a matéria, o *Administrative Procedure Act* (Lei de Processo Administrativo) existe de 1946, o que se fez necessário, entre outras razões, para estabelecer critérios mínimos e uma certa uniformização e racionalização das condutas administrativas.

A falta do contencioso administrativo no Brasil não encontrou substituto às alturas das necessidades, não tendo sido enfrentado o problema da dispersão da ação administrativa. Daí decorre a importância dos pareceres no âmbito da administração pública. Há funções normativas e de tipo jurisdicional dispersas pela administração pública, especialmente em autarquias com atribuições reguladoras.

2.6 As políticas públicas como resposta à ineficiência da administração pública

O enfrentamento dos problemas aqui colocados precisa de uma abordagem de direito público, em sentido amplo, mais abrangente que a postura do direito administrativo tradicional a partir de uma rearticulação entre o direito administrativo e o direito constitucional, que atualmente aparece com mais clareza no direito ambiental, ramo do direito que vem se desenvolvendo com muita rapidez sobretudo a partir da Constituição de 1988.

O direito administrativo de influência francesa tem preocupação genérica com a sua autonomia científica, o que o faz rejeitar (no Brasil muito mais que na França) a conexão necessária que há entre a ciência do direito administrativo e o seu objeto a administração pública, na perspectiva de suas relações jurídicas.

Mesmo quando negada essa relação, ainda assim ela existe e o efeito dessa negação e suposta neutralidade é que outros valores, não jurídicos, ganham força na administração pública, o que é negativo para a construção das instituições necessárias a uma relação sadia entre a administração pública e os cidadãos.

A resposta, ainda que não isenta de críticas, poder ser buscada na experiência americana, na qual as políticas públicas foram incorporadas da ciência política ao direito, transformando-se numa categoria central para a ação do Estado na implementação de direitos positivos, incluindo-se o direito ambiental.

3 As políticas públicas

3.1 As políticas públicas como objeto de estudo do direito

O tema das políticas públicas tem, cada vez mais, suscitado o interesse do direito, em que pese não se trata de forma consciente e sistemática.

As políticas públicas são "programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados".²⁹ São, portanto, "esquema[s] de agregação de interesses e institucionalização dos conflitos".³⁰ Assim sendo, são um problema de direito público.³¹

A termo política, na expressão política pública, tem o sentido amplo de conhecimento e organização do poder e não de política partidária. A separação entre o direito e a política, que advém do liberalismo, tem sentido conservador, uma vez que não se assumir um comportamento político redundando no significado político de manutenção da ordem estabelecida.³²

Há também um risco de transpor as barreiras entre o direito e a política. Isso reclama uma solução técnico-institucional que trabalhe com o paradoxo de ser simples - permitindo a interação dos atores sociais sem a mediação de um aparato institucional suscetível de apropriação pelas camadas mais preparadas da sociedade - e complexa - resultando numa ação politicamente coordenada e socialmente útil.

3.2 As políticas públicas no direito norte-americano

A expressão política pública, que é uma tradução literal da norte-americana *public policy*, é um conceito científico estabelecido somente

na língua inglesa. O termo tornou-se popular durante o século XX. Quando, cada vez mais, foram-se traduzindo estudos norte-americanos sobre políticas públicas, franceses e italianas, inicialmente, tentaram ajustar o termo ao mero uso de *politique* e *politiche*, ou ao de *politique publique*. Outras traduções utilizaram múltiplas palavras e locuções ao invés de uma tradução literal, tentando explicar a idéia subjacente.³³

Recentemente, a maioria dos estudiosos em países não-anglofônicos simplesmente desistiu e adotou o termo *public policy* com um conceito internacional e não-traduzível, utilizando-o assim mesmo na língua inglesa ou traduzindo-o literalmente para a língua local. No Brasil, acabou-se adotando a expressão políticas públicas, predominantemente no plural, em que pese seja ela também utilizada no singular.

Até mesmo nos EUA, a idéia de política pública é relativamente recente. O direito foi o termo utilizado na formação dos EUA, cuja Constituição preocupou-se com o império do direito e não dos homens (*government of laws, not of men*). Havia, obviamente, a *common law*, cuja permanência após a independência nunca foi questionada.

A Constituição dos EUA, contudo, foi mais moderna, ao basear o direito na *statutory law* ou *legislation* (lei em sentido formal). A idéia de direito, portanto, passou a corresponder, em grande medida, à de lei.³⁴

A noção de política pública simplesmente não existia àquela época. Ela surgiu no final do século XIX, afastada das idéias de direito e lei. O uso da expressão política pública, inicialmente, se deu como um sinônimo leve para as expressões opinião pública, vontade geral ou consenso.

Oliver Wendell Holmes percebeu-se, no final do século XIX - o que foi certamente decisivo para o tratamento deliberado das políticas públicas como categoria do direito - que a vida do direito não era lógica, mas experiência.³⁵ Portanto, enquanto o crescimento do direito é lógico na forma, ele é político na substância.³⁶

O direito manteve a sua supremacia sobre a política pública até o final do século XIX, com a ajuda de cientistas políticos que acreditavam que deveria haver uma separação rígida e formal entre política (*politics*) e administração pública (*administration*).³⁷ Woodrow Wilson, na tentativa de separar a política da administração pública, acreditava que se deveria buscar nos modelos francês e alemão a eficiência administrativa, sem se esquecer dos princípios políticos norte-americanos.³⁸ Assim sendo, ele desenvolveu o ideal de servidor público neutro (*neutral civil servant*), que poderia ser sempre leal ao interesse do cargo público a qual servia, não somente ao seu superior, mas à comunidade também.

Nas duas últimas décadas do século XIX, o significado de política pública se transformou de sinônimo de opinião pública a referência das declarações das ações do Estado. A insistência da distinção entre política e administração, formulada por Wilson, foi tomada e formalizada como as duas funções do governo, sendo a política a expressão da vontade do Estado e a administração a execução da política.

Para Theodore J. Lowi, essa foi a primeira vez em que se uniu *policy* e *politics*, embrião da noção contemporânea de política pública. *Policy*, definida como expressão da vontade do Estado, foi essencialmente uma definição de *policy* como a descrição do produto da atividade do Poder Legislativo, anteriormente, identificada no direito ou na lei (*law*); seguida por uma definição de administração como a atividade do Poder Executivo (*government*).³⁹

No decorrer do século XX, com o crescimento e diferenciação das funções do Estado e, em especial, no âmbito federal, houve, para Lowi, dois desenvolvimentos paralelos relevantes para o processo de consolidação da política pública como uma categoria central do direito público norte-americano: (1) a dicotomia entre política e administração foi rejeitada, em favor de um processo político substancial, entendido como uma rede contínua (*seamless web*), onde o direito ou a política eram feitos a cada passo do caminho; e (2) a fronteira entre o direito e a política foi igualmente deixada de lado, tendo as duas expressões tornado-se sinônimos para propósitos práticos.

Dos anos 30 em seguida, em resposta ao grande crescimento do Estado, a ciência política começou a estudar a política (*policy*). A palavra provavelmente entrou facilmente no vocabulário da ciência política, porque o termo direito, para cientistas políticos, ainda tendia a significar direito público, que se concentrava mais intensamente no direito constitucional, cujos principais temas eram o federalismo (a questão das competências dos Estados e da União) e os direitos fundamentais.

Assim que uma lei era aprovada pelo Poder Legislativo, sobretudo o federal, os cientistas políticos se concentravam em responder as como e por que, o que tomou a forma de uma série de estudos de caso (*case study*), que eram essencialmente narrativas detalhadas daquilo que veio a ser chamado de processo de formação da política pública (*polycymaking process*).⁴⁰

Entretanto, os estudos de caso do processo de formação das políticas públicas, inicialmente, não davam importância ao conteúdo da política. A política ou a decisão política era o ganho ao qual se prendia a narrativa, que seria de base para a análise do processo de formação da política pública. A rede contínua do processo de formação da política pública materializava-se, simplificadamente, em discutir como se fazia um projeto de lei, como um projeto de lei se tornava lei e como a lei (como política) era implementada. De fato, a implementação se tornou um aspecto tão importante do processo de formação da política pública que ela quase substituiu a administração pública como nome da disciplina.

O que foi virtualmente perdido no estudo do processo de formação da política pública foi a substância, até mesmo quando a parte da narrativa dava muitos detalhes substantivos das políticas públicas. Isso confirmava a tese de Holmes de que, em substância, o crescimento do direito é legislativo (político) e contrariava a concepção tradicional, que

estava na formação jurídica da *common law* norte-americana, de que o direito era algo a ser descoberto e não feito.⁴¹

Essa crítica, que apela a um retorno à mistificação do direito, tem, todavia, um argumento sobrejacente interessante: de alguma forma, durante o crescimento do Estado, o direito perdeu a sua autonomia e a sua integridade como uma instituição, embora uma instituição humana, falível e mutável.

Lowi, assim como Hayek, concorda que a distinção entre o direito e a política pública foi obliterada. Entretanto, Hayek toma uma posição radical, sugerindo que o Poder Legislativo não consegue editar *just rules of conduct* (o direito). Ele mal-representa e sobrevaloriza o papel do Poder Judiciário na *common law*, cujas regras não são propriamente estabelecidas, mas tem de ser extraídas dos *holdings* (disposições) de casos precedentes através da fundamentação das decisões recursais.

O argumento de Locke é mais adequado, porque, atualmente, não se pode conceber retornar à crença no direito natural, como se o verdadeiro direito sempre houvesse estado esperando para ser descoberto. Assim, o problema da fronteira entre o direito e a política pública ou vice-versa pode-se situar no ponto chave do argumento de Locke de leis permanentemente estabelecidas, conhecidas pelo povo e que não sejam meros decretos extemporâneos. Nesse aspecto, Hayek e Lowi preocupam-se com leis que são meras instruções para administradores.

3.3 A confusão entre direito e política pública

A política pública foi confundida com o direito e tornou-se, entre os dois, o termo utilizado preferencialmente. Lowi desenvolve argumento que explica essa confusão - para a realidade norte-americana - em cinco pontos, que serão indicados a seguir:

1º: A reiteração do fato de que o direito e a política pública tornaram-se praticamente sinônimos. Isso, como explicado por Holmes, ocorreu com a transformação do direito em um direito encontrado principalmente na legislação e na transformação da legislação, como advertido por Hayek, em meras instruções para os administradores. Lowi contextualiza esse fenômeno dentro de uma ciência política cada vez mais comportamental, assim como numa ciência jurídica cada vez mais realista, comportamental e economicista. Lowi adverte que a colocação do processo acima da substância possa ser uma necessidade científica, mas é igualmente uma preferência do liberalismo. Foi o que chamou de política pública sem direito (*policy without law*).

2º: A democracia favorece o uso da expressão política pública no lugar de direito. Para Lowi, numa democracia, o termo direito remete a uma instância oficial, unilateral, hierárquica, autoritária e calcada no autoritarismo. Política pública parece mais suave e humana. A idéia é de

que a política pública, como expressão da opinião pública no século XIX, teve o sentido de democratizar o direito no século XX.

3º: O termo direito parece não só autoritário para uma democracia, mas também evoca permanência para um Estado social. Apesar do direito ter sido desmistificado e ter passado a ser considerado não mais algo que existia eternamente e esperava para ser descoberto, o direito ainda levava à impressão de que, apesar de um produto humano, ele se tornava inacessível uma vez produzido. Em contraste, a política pública, sendo o produto de um processo, permanece continuamente como parte deste, um fenômeno sem fim.

4º: O Poder Executivo está mais acostumado com a política pública. A regulação através de agências (*agency law*) soa como uma acusação de que o Poder Executivo está violando o princípio da divisão de poderes. No fim do século XIX e no início do século XX, quando o Congresso dos EUA começou, através da delegação legislativa, dar um grau de discricionariedade considerável às agências e departamentos (entidades e órgãos da administração pública), a preocupação com a divisão de poderes aumentou.

Inicialmente, a Suprema Corte dos EUA, em *United States v. Grimaud*, 220 U.S. 506, 517 (1911), citando *Wayman v. Southard*, 23 U.S. (10 Wheat.) 1, 43 (1825), aprovou o uso da técnica de delegação de poderes, considerando que, se a lei delegadora ou autorizadora continha alguma forma de linha mestra ou diretriz, a agência ou departamento delegado não estava fazendo novo direito, mas tinha apenas o poder de preencher os detalhes da lei.

Reconhecendo, todavia, que o Poder Executivo estava, de fato, criando um novo campo do direito com o nome oximorônico de direito administrativo, a jurisprudência e a doutrina norte-americana diminuíram a sua importância, considerando-o como um quase-direito. Melhor, então, foi chamar aquilo de política pública do que de direito, apesar de que a infração das normas de direito administrativo pudessem até mesmo levar a responsabilização penal. Em sentido contrário a delegação, houve uma decisão isolada em *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388, 416-17 (1935) e *Schechter Poultry Co. v. U.S.*, 295 U.S. 495, 534-35 (1935).

5º: A idéia de política pública foi mais atraente do que a de direito porque ela envolve a esperança de que o Estado será mais participatório, não nos moldes tradicionais da democracia direta, que é excluyente e intervalar, mas durante todo o processo de formação das políticas públicas.

A política pública satisfaz a necessidade de eliminar a formalidade do Estado, implícita na vontade de fazer com que o Estado esteja mais próximo do povo. Nos EUA, criou-se, então, um contexto onde os cidadãos tinham brechas na estrutura do Estado para negociar com o poder antes do poder ser exercido, tornando a sua relação com o Estado bas-

tante realista. Assim sendo, o direito ganhou a conotação de formal, enquanto a política pública a de real.

Lowi percebe que a confusão entre o direito e a política pública nos EUA é amplamente aceita, sem grande contestação, pelas mais variadas correntes ideológicas. Ele, todavia, entende que a confusão entre o direito e a política pública, como explicada a partir desses cinco argumentos, é perigosa.⁴²

Trata-se, simultaneamente, de uma objeção e de um apego às formas do direito, que cumprem, para Lowi, a tripla função de contenção do poder, tratamento de igualdade e previsibilidade.⁴³ Ele observa, ainda, que as formas tornam-se mais necessárias na medida em que o Estado amplia as suas funções, tornando-se mais ativo e poderoso e, por essa razão, conclui que as democracias necessitam mais de formas do que outros regimes de governo.

Lowi entende, com isso, que sempre haverá uma saudável separação entre o formal (direito) e o real (política pública) no Estado e que isso, numa democracia, pode ser encarado como uma definição operacional de ilegitimidade. Assim sendo, a política pública - a face informal do Estado, a declaração real das suas ações - deve sempre ter fundamento no e conformação ao direito.

3.4 Aportes para um conceito de política pública no direito brasileiro

A política pública é uma criação do Estado de bem-estar social - para implementar os direitos sociais - expressando, portanto, uma forma de intervenção do Estado. Ainda que se adote como premissa a exaustão do Estado de bem-estar social, é adequado falar em Estado implementador de políticas públicas no Estado social, porque, embora inventadas sob a égide do dirigismo estatal, têm um esquema conceitual que permanece válido para explicar e orientar o processo político-social, não mais marcado pela subordinação, mas pela coordenação entre as ações privadas e estatais. As políticas públicas ganham um novo sentido, agora não mais de intervenção sobre a atividade privada, mas de diretriz geral, tanto para a ação de indivíduos e organizações, como o próprio Estado.

No direito ambiental, as políticas públicas tomam geralmente a feição de programas finalísticos, que são adequados às atividades dessa área, com grande difusão dos instrumentos de planejamento.⁴⁴

Ademais, as políticas públicas se situam no contexto de um direito constitucional dirigente e de um direito administrativo regulador, que consistem na utilização do direito público para a implementação e execução de programas econômicos e políticas de desenvolvimento.

Charles-Albert Morand propõe uma correspondência entre a formulação da Constituição dirigente, a partir da obra de Canotilho, e a

idéia de um direito administrativo voltado à concretização, pela administração pública, dos direitos fundamentais, o que se processa através das políticas públicas.⁴⁵

A idéia de Constituição programático-dirigente, cuja atualização deve ser feita pelo legislador com base no reenvio dinâmico, é bastante pertinente à abordagem adotada neste trabalho. Assim como Canotilho trata da cooperação do legislador infraconstitucional na determinação e na conformação material da Constituição, o enfoque das políticas públicas destaca o papel da administração na "determinação e conformação" material das leis e das decisões políticas a serem executadas no nível administrativo.

Este talvez seja a principal contribuição das políticas públicas - ao reconsiderar a articulação entre o direito constitucional e o direito administrativo, ou seja, entre Constituição e lei - pode-se fazer dela um catalisador de mecanismos que impulsionem o Estado na implementação dos direito.

As políticas públicas são um "quadro normativo de ação" informados por elementos de poder público, de expertise e que tendem a constituir uma ordem local. Elas de certa forma mostram que o esquema da divisão de poderes - que compreende a sucessão de atos no tempo do Poder Legislativo e do Poder Executivo (governo), que traçam as diretrizes da política, para depois a administração pública executá-la (administração) - é mais ideal que real, correspondendo à organização formal do Estado liberal.⁴⁶

Retomando a perspectiva de política pública de Lowi, as políticas podem ser analisadas essencialmente como uma forma de compreender o direito, ou seja, como instrumentos de ação dos governos: o *government by policies* (governo das políticas) que desenvolve e aprimora o *government by law* (governo das leis).⁴⁷

Assim, a função de governar é o núcleo da idéia de política pública que são uma evolução em relação à idéia de lei em sentido formal, assim como esta foi uma evolução em relação ao *government by men* (governo dos homens) anterior ao constitucionalismo. Ressalte-se que o termo política do direito (*policy of the law*) é sinônimo de política pública.⁴⁸

Lowi torna bem claro que a noção de política como programa de ação só recentemente passou a fazer parte das cogitações da teoria jurídica. Como assinala Fábio Konder Comparato, as políticas públicas correspondem a uma realidade própria da Revolução Industrial, não sendo tendo sido importantes, ou até mesmo existentes, durante o período histórico em que se forjou o conjunto dos conceitos jurídicos modernos.

Nesse sentido, Dworkin propõe que se compreenda a política (*policy*), contrapondo-a com a noção de princípio (*principle*), para designar uma espécie de padrão (*standard*) que estabelece uma meta ou objetivo a alcançar, geralmente nos campos econômico, social e políti-

co. Essas metas podem ser negativas, implicando que uma determinada característica deva ser protegida contra uma mudança hostil. O princípio corresponde a um padrão que deve ser observado não por exigência de política, mas de dimensão moral, notadamente justiça e equidade.

Assim, as argumentações jurídicas de princípios tendem a estabelecer um direito individual, enquanto as de políticas visam a estabelecer uma meta ou finalidade coletiva.⁴⁹

Compreender essa duas dimensões é importante para superar a concepção da norma geral e abstrata como referencia central da atividade administrativa do Estado, introduzindo-se no direito público a noção de política pública como programa de ação.

Deve-se, todavia, retomar a preocupação antes já assinalada por Lowi de descaracterização da lei: a formação da política fazendo uso da lei para não importa que propósito. O sistema das políticas públicas não exclui o sistema das leis que estão em permanente e necessária convivência e diálogo: a realização das políticas públicas deve se dar dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, implicando que passem a ser reconhecidas pelo direito e gerar efeitos jurídicos.

O problema, como adverte Comparato, é desenvolver a análise jurídica de modo a tornar operacional o conceito de política. A política se distinguiria das categorias das normas e atos jurídicos, embora esses elementos sejam parte integrante dela. A noção operacional de política estaria mais próxima do conceito de atividade, conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado, cada um desses sujeitos ao seu regime próprio.

A política pode se exteriorizar por meio de várias formas reconhecidas pelo sistema jurídico: lei, ato administrativo e até mesmo emenda à Constituição. Não há um padrão jurídico uniforme de exteriorização das políticas públicas, o que reflete dúvidas quanto à vinculatividade dos instrumentos de expressão das políticas públicas e sua justiciabilidade.⁵⁰

Num modelo ótimo que preserve os princípios republicanos, mas que também procure se aproximar da realidade com as necessidades de estabilidade econômica e de governabilidade, é relativamente tranqüila a idéia de que a primeira parcela da formação das políticas públicas - as suas grandes linhas - assim como as políticas de longo prazo cabem ao Poder Legislativo. E que a segunda parcela da atividade formuladora e a implementação, bem como as políticas de curto prazo cabem ao Poder Executivo. Ainda dentro da teoria liberal, o Poder Legislativo pode proceder à delegação de poderes, mas as normas mais importantes devem figurar na lei. Neste ponto, perde-se a nitidez da divisão de poderes que aparece num contexto onde o sentido do governo mudou materialmente, de gestão de fatos conjunturais ao planejamento do futuro.⁵¹

Ressalte-se também que as noções de plano e política pública são próximas. Entretanto, como nota Bucci, a política consiste num programa de ação governamental que freqüentemente, mas não necessaria-

mente se exprime no instrumento jurídico do plano que, por sua vez, reveste-se muitas vezes da forma de lei. Em todo o caso, plano e política não se confundem. A política é mais ampla que o plano e define-se como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação de agentes públicos e privados. Portanto, na análise das políticas públicas é essencial compreender o regime das finanças públicas.

Outra aproximação existente dá-se entre a formulação da política e a atividade de planejamento que é sempre uma atividade dotada de conteúdo político. O processo histórico que vai da década de 30 até os anos da recuperação econômica do pós-guerra consolidam o planejamento como pressuposto indispensável de todo o programa de ação governamental, idéia que entra até hoje uma correspondência com a realidade.⁵²

Todavia, as políticas públicas, concebidas como forma de implementação do Estado de bem-estar social, não foram assimiladas pelas estruturas jurídicas tradicionais, não tendo sido completamente integradas ao direito. A discussão a época sobre o caráter programático - entendido como sinônimo de não-vinculante - das normas do plano revela essa não integração. Ademais, a planificação não se adapta facilmente a esquema tradicional da norma jurídica "se-então" - ou de aplicação silogística do direito - assentando-se antes num esquema "fim-meio" - ou de aplicação projetada para o futuro. A fundamento do reconhecimento da força normativa dos princípios pode se aplicar também ao reconhecimento das forças normativa das regras do plano, numa visão mais contemporânea.

Bucci propõe, ainda, que as políticas públicas também devam ser analisadas sob o enfoque do processo, porque elas também funcionam como um processo ou conjunto de processos - procedimentos coordenados pelo governo para a interação entre sujeitos ou entre estes e a Administração, com o exercício do contraditório - para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito, permitindo uma escolha coletiva e racional das prioridades públicas.⁵³

Os EUA têm uma lei federal sobre processo administrativo desde 1946, o *Administrative Procedure Act*, que definiu e sistematizou as formalidades a serem seguidas pelas agências tanto na expedição de regulamentos de caráter geral (*rulemaking*) quanto na tomada de decisões (*adjudication*), sendo que o *rulemaking* acabou tornando-se um *policymaking* (processo de formação das políticas públicas). Percebe-se a importância que o processo das políticas públicas alcançaram nos EUA a partir da constatação de que a participação pública através do processo de *rulemaking* junto com o controle judicial da discricionariedade das agências através da doutrina do *hard look* tornaram-se o cerne do direito e da prática administrativa nos EUA.⁵⁴

O enfoque das políticas públicas como processo de formação do interesse público liga-se essencialmente à questão de discricionariedade

da administração pública, uma vez que o momento essencial da discricionariedade é o da individualização e confrontação dos vários interesses concorrentes. Nos EUA, isso levou a um modelo de administração pública representativo de grupos de interesse (*interest representation model*), incluindo neles os ambientalistas.

Dessa forma, as políticas públicas podem ser entendidas como forma de controle prévio de discricionariedade, pois requerem a apresentação dos pressupostos materiais que informam a decisão que desencadeia a ação administrativa. A idéia de discricionariedade há muito deixou de ser sinônimo de insuscetibilidade de controle jurisdicional, todavia o seu núcleo permanecesse sendo um obstáculo à participação dos cidadãos na administração.

Bucci, em resposta, propõe um conceito de processualidade que se abre em três momentos - formação, execução e avaliação - e que levaria à formulação da política como processo e os programas de ação do governo seriam as decisões decorrentes e integrantes desse processo. Trata-se do movimento de procedimentalização das relações entre os poderes públicos, que responde também ao chamado mito da administração neutra e inerte: uma política pode ser viabilizada ou inviabilizada conforme as decisões administrativas que realizem os seus objetivos ou não.

3.5 As políticas públicas ambientais

A consideração sobre os contornos que cercam a noção de políticas públicas para o direito brasileiro, aplicados ao setor material do meio ambiente, é em grande parte uma discussão sobre os contornos da administração pública ambiental - entendida como o conjunto de órgãos, entidades de direito público e privado, e agentes públicos encarregados tanto da proteção do meio ambiente, quando da implementação do direito ambiental - ou seja, a parcela da administração pública incumbida de formular e executar as políticas públicas ambientais.

A escolha das diretrizes da política, os objetivos de determinado programa não são simples princípios de ação, mas são os vetores para a implementação concreta de certas formas de agir do poder público, que levarão a resultados desejados: é essa a conexão das políticas públicas com o direito administrativo. Daí poder-se falar num direito administrativo ambiental e num direito constitucional ambiental.

A partir do referencial que se construiu ao longo deste trabalho, as políticas públicas ambientais podem ser entendidas como o conjunto de atividades através dos quais o Estado pode alcançar determinados fins relacionados ao meio ambiente, concretizando, dessa forma, as normas ambientais.

Obviamente, a simples adição do adjetivo ambiental à locução política pública - pelo qual se passa a falar em política pública ambiental ou política pública de meio ambiente - não é suficiente para explicar os

elementos próprios que as políticas públicas ambientais têm relação à conceito - que se serve de uma compreensão simples e abstrata - de política públicas.

Em outras palavras, o referencial teórico existente em torno das políticas públicas no Brasil - de forma geral e abstrata -, conforme se procurou explicar aqui, não pode ser simplesmente transposto para o setor material do meio ambiente, que com suas particularidades reclama elementos próprios para essas políticas, os quais, todavia, não serão aqui examinados.

Quer-se reafirmar, ao menos, o sentido que essa nova articulação do direito público - constitucional e administrativo - ganhou no direito ambiental, sobretudo a partir da Constituição de 1988, tornando-o, portanto, um campo fértil para as políticas públicas no Brasil.

4 Conclusão

As políticas públicas são uma proposta para o Estado de direito, devem, portanto, operar no marco da legalidade e do controle do poder. Elas têm o sentido de reafirmar as categorias do direito público, ordenando-as em um novo eixo, que coloca ênfase nos fins da atuação do Estado.

Percebe-se que esse movimento em torno das políticas públicas, no Brasil, tem tido um especial desenvolvimento no campo do direito ambiental. A idéia subjacente à noção de políticas públicas é a de dar um contorno positivo à atividade administrativa ambiental, ao lado do já consolidado contorno negativo, que é dado pela antidiscricionariedade. Dessa forma, ter-se-ia um âmbito de ação governamental no meio ambiente, no espaço que medeia entre as proposições legais e a execução das políticas públicas.

Isso aponta para a necessidade de uma análise mais pragmática do direito público, que aproxime o direito administrativo, que é o direito público interno por excelência, da ciência da administração e outras áreas afins. Como se pôde perceber, o direito ambiental parece ser o âmbito jurídico que rearticulou o direito constitucional e ambiental, em torno da noção de política pública,

Ademais, as políticas públicas reconhecem o elemento político na prática do direito administrativo, no processo de definição do interesse público e sua execução. Assim, a atividade do administrador público não é a mera execução das políticas governamentais, mas integra o processo das políticas públicas, ou seja, da tomada de decisões políticas. Além do enfraquecimento da distinção entre a administração e o governo, os cidadãos são chamados a participar mais das atividades do Estado, exercendo um controle sobre suas ações. O agente público, no esquema conceitual das políticas públicas, não age isoladamente, mas juntamente com os cidadãos, que escolhem conscientemente suas metas coletivas.

As políticas públicas priorizam também o controle posterior da atividade administrativa no seu aspecto material. Isso é particularmente importante porque a contenção efetiva da discricionariedade depende de decisões concretas sobre a ação do Estado e um controle material, o que não é dado pela teoria clássica.

Essas conclusões apontam para a necessidade de reconhecer as políticas públicas, dar-lhes forma e impulsionar o seu uso no âmbito do direito público.

Notas

- 1 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 15-47.
- 2 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramon. **Curso de derecho administrativo**. 7. ed. Madrid: Civitas, 1995, v. I, p. 49.
- 3 VASCONCELOS E BENJAMIN, Antônio Herman de. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa. *In: Revista Forense*. nº 317. Rio de Janeiro, 1992, p. 29.
- 4 SUNDFEL, Carlos Ari. **Direito Administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 15.
- 5 BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. XXXIX.
- 6 DIVER, Colin S. Policymaking paradigms in administrative law. *In: Harvard Law Review*, Cambridge, Massachusetts, dez. 1981, p. 393.
- 7 BUCCI, 2002, p. 94.
- 8 MAYER, Otto. **Droit Administratif allemande**. Paris: M. Giard & E. Brière, 1903 *apud* BUCCI, 2002, p. 98. O Estado de direito tem uma pluralidade de configurações que alicerçam a juridicidade estatal, nas quais o *Rechtsstaat* (de origem alemã) é apenas uma, ao lado da *Rule of Law* (inglesa) e sua feição *Always under the law* (americana) e o *État legal* (francês). Cf. CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Almedina: Coimbra, 1992, p. 86-91.
- 9 CHEVALLIER, Jacques. **L'état de droit**. Montchrestien: Paris, 1992, p. 13, *apud* BUCCI, 2002, p. 99.
- 10 ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Almedina: Coimbra, 1996, p. 344.
- 11 WEBER, Max. **Parlamento e governo na Alemanha reordenada. Crítica política do funcionalismo e da natureza dos partidos**. Vozes: Petrópolis, 2993, p. 43, *apud* BUCCI, 2002, p. 102.
- 12 PRATS I CATALÁ, Joan. Governabilidade democrática na América Latina no final do século XX. *In: BRESSER, Luiz Carlos; SPINK, Peter. Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 2. ed. FGV: Rio de Janeiro, 1998, p. 296.
- 13 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 1993, p. 12-13, 21.
- 14 BUCCI, 2002, p. 125.
- 15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Di-reito administrativo**. 3. ed. Atlas: São Paulo, 1992, p. 74.

- 16 BUCCI, 2002, p. 134.
- 17 "[...] Foi por meio dessa atividade jurisprudencial que se definiu um regime jurídico da contenção do poder político, cuja grande realização, ao longo do século XIX, foi a figura do *excès de pouvoir*. Foi essa atividade que reconfigurou o conteúdo jurídico da noção de discricionariedade, antes muito ampla, quase equivalendo ao exercício arbitrário do poder, mas paulatinamente vinculando-se à idéia de submissão à lei e, mais recentemente, à de motivação e à de proporcionalidade." *Ibid.*, p. 144-145.
- 18 EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade. *In: Revista de direito administrativo*. nº 56, p. 58, abr./jun. 1959.
- 19 CANOTILHO, 1992, cap. 4.
- 20 EISENMANN, 1959, p. 70.
- 21 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. Malheiros: São Paulo, 1990, p 37.
- 22 BUCCI, 2002, p. 167-171.
- 23 As *Executive Orders* são ordens com força de lei, editadas pelo Presidente, com autorização legal, para a execução ou implementação de uma lei. Elas não requererem aprovação do Congresso para entrar em vigor, mas podem ser por ele sustadas. Elas têm fundamento no Artigo II, Seção 1, da Constituição dos EUA, que dá ao presidente o Poder Executivo, e no Artigo II, Seção 3, que incube ao presidente cuidar da fiel execução das leis.
- 24 BUCCI, 2002, p. 179, 188-201.
- 25 *Ibid.*, p. 203-204
- 26 BRAIBANT, Guy; STIRN, Bernard. **Le droit administrative français**. 4. ed. Paris: Presses de Sciences Po et Dalloz, 1997, p. 7, *apud* BUCCI, 2002, p. 223.
- 27 BRAIBANT; STIRN, 1997, p. 7, *apud* BUCCI, 2002, p. 223.
- 28 *Ibid.*, p. 232.
- 29 BUCCI, 2002, p. 241.
- 30 CAMPILONGO, Celso. **Direito e democracia**. Max Limonad: São Paulo, 1997, p. 85.
- 31 "Adotar a concepção de políticas públicas em direito consiste em aceitar um maior grau de interpretação entre as esferas jurídica e política ou, em outras palavras, assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração pública. E isso ocorre seja atribuindo-se ao direito critérios de qualificação jurídica das decisões políticas, seja adotando-se no direito uma postura crescentemente substantiva e, portanto, mais informada por elementos da política". BUCCI, 2002, p. 242.
- 32 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 471.
- 33 LOWI, Theodore J. Law vs. public policy: a critical exploration. *In: POLICY AT THE INTERSECTION OF LAW AND POLITICS, CORNELL JOURNAL OF LAW AND PUBLIC POLICY'S FALL 2002 SYMPOSIUM*, outono 2002, Cornell. **Cornell Journal of Law and Public Policy**. University of Cornell: Cornell, v. 12, nº 3, verão 2003, p. 493-501.
- 34 O Artigo I, Seção 1, estabelece que "[t]odos os poderes legislativos conferidos por esta Constituição serão confiados a um Congresso dos Estados Unidos, composto de um Sena-

- do e de uma Câmara de Representantes", ao mesmo tempo em que a Seção 8, após uma lista de competências específicas do Congresso, dispõe que "[o] Congresso terá o poder de elaborar todas as leis necessárias e apropriadas ao exercício dos poderes acima especificados e dos demais que a presente Constituição". Isso é reforçado pelo Artigo II, Seção 3, da Constituição dos EUA, que prevê que o Presidente "zelará pelo fiel cumprimento das leis".
- 35 HOLMES, Oliver Wendell. **The common law**, 1881, p. 1, *apud* LOWI, 2003, p. 494.
- 36 HOLMES, 1881, p. 35-36, *apud* LOWI, 2003, p. 497.
- 37 WILSON, WOODROW. The study of administration. In: **Political Science Quarterly**, v. 2, 1887, p. 197-204, *apud* LOWI, 2003, p. 498.
- 38 *Ibid*, p. 220, *apud* LOWI, 2003, p. 498.
- 39 LOWI, 2003, p. 498.
- 40 Usa-se também *policy making*, separando as duas palavras, e *policy-making*, unindo as duas palavras com um hífen. Em todo caso, discorda-se, aqui, encontrada em GOYOS JÚNIOR, Durval de Noronha. **Dicionário jurídico inglês-português, português-inglês**. 5. ed. Observador Legal: São Paulo, 2000, p. 599, que optou por "processo de formação da opinião pública", justamente porque o termo política pública, no final do século XIX, mudou de sentido, passando de opinião pública para expressão da vontade do Estado.
- 41 HAYEK, Friedrich A. **Law, Legislation and Liberty**, 1973, p. 132.
- 42 LOWI, 2003, p. 500.
- 43 Lowi sustenta a sua colocação com um trexto de TOCQUEVILLE, Aléxis de. **Democracy in America**, 1840, p. 346: "[...] Men living in democratic ages do not readily comprehend the utility of forms. [...] Forms excite their contempt and often their hatred; as they commonly aspire to none but easy and present gratifications, they rush onwards to the object of their desires, and the slightest delay exasperates them. This same temper [carries] with them into political life".
- 44 MORAND, Charles-Albert. **Le droit néo-moderne des politiques publiques**. LGDJ: Paris, 1999, p. 113, *apud* BUCCI, 2002, p. 247.
- 45 FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. Malheiros: São Paulo, 1999, p. 218. "" . BUCCI, 2002, p. 248-249.
- 46 MULLER, Pierre; SUREL, Yves. **L'analyse des politiques publiques. Montchrestien**: Paris, 1998, p. 16, *apud* BUCCI, 2002, p. 249.
- 47 COMPARATO, Fábio Konder. Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional. In: **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 102.
- 48 GARNER, Bryan A. (Ed.). **Black's law dictionary**. 7. ed. St. Paul, Minnesota: West, 1999, p. 1245.
- 49 DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Massachusetts, 1978, p. 22 e segs, e 294 e segs.
- 50 LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994. Não se vai aqui tratar do juízo de validade ou constitucionalidade das políticas públicas. Note-se somente que justiciabilidade existe com base da norma contida no texto do artigo 5º, XXXV, da Constituição; os

modos de exercê-la são vários, alguns mais, outros menos compreensíveis.

51 COMPARATO, 1989, p. 102.

52 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 254.

53 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 194-200.

54 STWEART, Richard B. Administrative law in the twenty-first century. *In: New York University Law*. nº 78. may 2003. New York, 2003, p. 444.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev. e atual. Malheiros: São Paulo, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. Sarai-va: São Paulo, 2002.

CAMPILONGO, Celso. **Direito e democracia**. Max Limonad: São Paulo, 1997, p. 85.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Almedina: Coimbra, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 1993.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional. *In: Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 3. ed. Atlas: São Paulo, 1992.

DIVER, Colin S. Policymaking paradigms in administrative law. *In: Harvard Law*

Review, Cambridge, Massachusetts, dez. 1981, p. 393.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Massachusetts, 1978.

EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade. *In: Revista de direito administrativo*. nº 56, p. 58, abr./jun. 1959.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. Malheiros: São Paulo, 1990.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Almedina: Coimbra, 1996.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. Malheiros: São Paulo, 1999

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás Ramon. **Curso de derecho administrativo**. 7. ed. Madrid: Civitas, 1995, v. I.

GARNER, Bryan A. (Ed.). **Black's law dictionary**. 7. ed. St. Paul, Minnesota: West, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

HADDAD, Paulo Roberto. As limitações das políticas ambientais por comando e

controle. In: BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Agenda 21 brasileira: encontro regional - sudeste**. Brasília, DF: nov. 2001, p. 23-31.

HAYEK, Friedrich A. **Law, Legislation and Liberty**, 1973.

LOWI, Theodore J. Law vs. public policy: a critical exploration. In: POLICY AT THE INTERSECTION OF LAW AND POLITICS, CORNELL JOURNAL OF LAW AND PUBLIC POLICY'S FALL 2002 SYMPOSIUM, outono 2002, Cornell. **Cornell Journal of Law and Public Policy**. University of Cornell: Cornell, v. 12, nº 3, verão 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 203.

MARGULIS, Sergio. A regulamentação ambiental: instrumentos e implementação. In: INSTITUTO DE PESQUISA ECOLÓGICA APLICADA. **Textos para discussão**. nº 437. Rio de Janeiro: IPEA, out. 1996, p. 4-6.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. **Poder e democracia: o pluralismo político na Constituição de 1988**. São Paulo: Síntese, 1999, p 82-91.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRATS I CATALÁ, Joan. Governabilidade democrática na América Latina no final do século XX. In: BRESSER, Luiz Carlos; SPINK, Peter. **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 2. ed. Rio de Janeiro, FGV, 1998.

VASCONCELOS E BENJAMIN, Antônio Herman de. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa. In: **Revista Forense**. nº 317. Rio de Janeiro, 1992.

SUNDFEL, Carlos Ari. **Direito Administrativo ordenador**. Malheiros: São Paulo, 1993.

STWEART, Richard B. Administrative law in the twenty-first century. In: **New York University Law**. nº 78. may 2003. New York, 2003.

A função social e a propriedade industrial

Ana Carolina Lamego Balbino Portella

Advogada da Caixa em Minas Gerais

Mestre em Direito Empresarial

pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG

RESUMO: O presente trabalho busca demonstrar que a função social, princípio constitucional estabelecido em favor do bem comum, irradia efeitos sobre a propriedade industrial, conjunto de direitos relacionados às produções decorrentes do espírito humano com aplicação na indústria. Nesse esforço, abordaremos os aspectos básicos da referida propriedade, com enfoque nas patentes, bem como os fundamentos jurídicos atinentes à sua função social, sempre com os olhos voltados para o alcance de equilíbrio entre as duas dimensões essenciais do ser humano, a da individualidade e a da socialidade.

Palavras-chave: Constituição Federal. Função social. Propriedade industrial. Patentes.

1 Introdução

O homem é um ser livre, autônomo, titular de direitos fundamentais, em especial o direito de propriedade, cuja proteção lhe é assegurada no seio do Estado de Direito, na sua Constituição. Em contrapartida, ele se torna responsável pela existência e manutenção da comunidade estatal, responsabilidade esta que impõe limites àqueles direitos fundamentais e implica a existência de deveres seus para com a mesma comunidade. Assim, toda pessoa é livre e, por isso, tem direitos, mas também é responsável, devendo cumprir seus deveres.

A Constituição Federal de 1988 menciona expressamente em seu corpo os deveres do cidadão para com a comunidade estatal, os quais legitimam a intervenção do Estado em determinadas relações sociais ou em certos aspectos da autonomia pessoal dos cidadãos, sendo um deles o dever de fazer cumprir a função social da propriedade.

A instituição da propriedade não abrange apenas um tipo, mas, sim, tipos diversos de propriedade, interrelacionados com as várias espécies de bens, materiais ou imateriais. Estes últimos vinculam-se ao homem por meio da propriedade intelectual, que abarca, dentre outras, a propriedade industrial.

A propriedade industrial, que se refere às produções humanas com aplicação na indústria, encontra a sua mais expressiva forma nas patentes, cujo exercício do direito deve ser balizado não só pelos interesses particulares do inventor, mas, também, pelos interesses de toda a sociedade, de modo a concretizar o princípio constitucional da função social da propriedade.

A Constituição Federal de 1988 reflete, pois, as duas dimensões essenciais do ser humano, a da individualidade e a da socialidade, as quais devem ser equilibradas, harmonizadas, com vistas à consecução do valor supremo da dignidade da pessoa humana.

Nesse cenário, o escopo do presente trabalho consiste em demonstrar que a função social, princípio constitucional estabelecido em favor do bem comum, também irradia efeitos sobre as patentes, objeto da propriedade industrial.

2 Propriedade industrial

2.1 Conceito

Propriedade industrial é o conjunto de direitos que incide sobre bens incorpóreos, frutos da elaboração da mente humana, destinados à aplicação industrial.

Nas palavras de Fran MARTINS (1996, p. 451), a propriedade industrial consiste no "conjunto de direitos resultantes das concepções da inteligência humana que se manifestam ou produzem na esfera da indústria".

2.2 Objeto

A Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, atualmente regula os direitos relativos à propriedade industrial, cuja proteção deve pautar-se pelo interesse social e pelo desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil.

Tal proteção efetua-se mediante a concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade, a concessão de registro de desenho industrial e de marca, bem como a repressão às falsas indicações geográficas e à concorrência desleal.

A propriedade industrial, assim, tem como objeto as patentes de invenção e de modelo de utilidade, os desenhos industriais, as marcas e as indicações geográficas, elementos estes sempre presentes nas esferas econômica e social do País, que integram, inclusive, o fundo de comércio.

O fundo de comércio ou estabelecimento é o complexo de bens que viabiliza a atividade exercida pelo empresário. Ou, ainda, como ensina COELHO (2000, p. 91), consiste no "conjunto de bens que o empresário reúne para exploração de sua atividade econômica".

O estabelecimento é formado por bens, corpóreos ou incorpóreos, suscetíveis de apropriação e com expressão econômica. Desse modo, ao

lado das mercadorias, do mobiliário, dos equipamentos e do ponto comercial, integra o fundo de comércio o que constitui objeto da propriedade industrial:

Como um dos elementos incorpóreos do fundo de comércio, a propriedade industrial é protegida pela lei, efetuando-se mediante a concessão de privilégios de invenção, de modelos de utilidade, dos desenhos e modelos industriais e pela concessão do registro, dando ao seu titular a exclusividade de uso das marcas de indústria, de comércio e de serviço (...). Adquirindo, assim, o privilégio de qualquer um desses elementos, a lei assegura a sua propriedade, garantindo o uso exclusivo e reprimindo quaisquer violações a esse direito. (MARTINS, 1996, p. 451)

A propriedade industrial, por compor o fundo de comércio, ocupa lugar de destaque na concretização das atividades empresariais, o que contribui para o alcance do desenvolvimento tecnológico e econômico brasileiro, em benefício de toda a sociedade.

2.3 Sistema internacional de proteção

No século XIX, o intenso desenvolvimento industrial, resultante da introdução de inovações em todos os campos da técnica, acarretou, gradativamente, a evolução das leis de patentes de vários países. Contudo, os privilégios concedidos restringiam-se, em regra, aos inventores nacionais, as garantias não eram estendidas aos estrangeiros, de modo que estes raramente buscavam a proteção para suas criações em país diverso do seu.

Além disso, o teor dos diplomas legais variava bastante de um país para outro, sobretudo no que se refere às exigências de caráter formal para a concessão de patente.

Em decorrência de tal situação, em que preponderavam os interesses nacionalistas isolados e cresciam as violações aos direitos patentários de inventores de outros países, revelou-se necessária a criação de um sistema internacional de proteção à propriedade industrial, cuja origem remonta ao ano de 1883, quando foi realizada a Convenção da União de Paris - CUP, após três anos de vários debates.

2.3.1 Convenção da União de Paris - CUP

Assinada originalmente por onze países, dentre eles o Brasil, a Convenção da União de Paris teve por fim proteger os inventores em nível internacional, harmonizar os diferentes sistemas jurídicos relativos à

matéria e definir o vínculo existente entre bens de natureza imaterial e seu criador, assimilado ao direito de propriedade.

Ainda, a Convenção de Paris, que sofreu revisões periódicas em Bruxelas (1900), Washington (1911), Haia (1925), Londres (1934), Lisboa (1958) e Estocolmo (1967), estabeleceu três princípios fundamentais de proteção aos direitos de propriedade industrial, de observância obrigatória pelos países signatários - princípio do tratamento nacional, princípio da prioridade unionista e princípio da territorialidade.

O princípio do tratamento nacional impõe aos países-membros da referida Convenção a obrigatoriedade de conferir aos nacionais dos demais países signatários a mesma proteção, vantagens e direitos concedidos pela legislação a seus próprios nacionais. Por tal razão, não se admite a criação de distinções entre nacionais e estrangeiros em matéria de direito industrial.

O princípio da prioridade unionista, ou do direito de prioridade, visando à eliminação de fronteiras entre os países signatários para fins de proteção da propriedade industrial, dispõe que o primeiro pedido de patente ou registro depositado em um dos países signatários serve de base para depósitos subseqüentes relacionados à mesma matéria, efetuados pelo mesmo depositante ou por seus sucessores legais.

Assim, é facultado a qualquer cidadão de país signatário da Convenção de Paris, reivindicar prioridade de patente ou registro industrial, no Brasil, após igual concessão obtida em seu país de origem, desde que o faça dentro do prazo de seis meses, para desenho industrial e marca, ou de doze meses, para invenção ou modelo de utilidade, contados da apresentação de seu primeiro registro.

Por seu turno, o princípio da territorialidade, também chamado de princípio da independência das patentes, estabelece que a proteção conferida pelo Estado por meio da patente ou registro tem validade somente nos limites territoriais do país que a concede.

No que pertine à concessão pelo Estado de licenças não voluntárias de patentes, restou estabelecido pela Convenção que devem ser observados "certos limites", de modo a evitar abusos aos direitos dos titulares da proteção.

2.3.2 Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes - PCT

Em 1970 foi celebrado, em Washington, o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes - PCT, com o intuito de aperfeiçoar a proteção legal das patentes, simplificar o depósito de pedidos das mesmas, para uma mesma invenção, em diversos países, bem como facilitar o acesso às informações técnicas contidas nos documentos de patentes.

Contudo, apenas oito anos mais tarde, após a implementação da infra-estrutura necessária para o seu cumprimento é que o PCT entrou em vigor nos trinta e cinco países signatários, inclusive no Brasil, por

meio do Decreto nº 81.742, permitindo ao inventor, dentre outras vantagens, valer-se de um exame internacional preliminar ao pedido de depósito de patente para indicar a presença, ou não, de condições de privilegiabilidade.

2.3.3 Acordo TRIPs

Até o início da década de 1990, a ausência de proteção patentária em determinadas áreas tecnológicas, sobretudo em alguns países em desenvolvimento que detinham, contudo, expressivo parque industrial, propiciou que estes conseguissem produzir a baixo custo em razão do pouco ou nenhum investimento em pesquisa e desenvolvimento de técnicas, as quais, muitas vezes, eram copiadas dos países desenvolvidos.

Nesse contexto, os países mais ricos viram-se diante da necessidade de estabelecer regras mais rigorosas e uniformes de proteção aos direitos de propriedade industrial, de modo a proporcionar maior segurança para as suas empresas e o retorno dos investimentos em pesquisa e desenvolvimento.

Assim, em 1994, na rodada final de negociações do Acordo Geral sobre Tarifas Alfandegárias e Comércio - GATT, no Uruguai, foi firmado o Acordo sobre Aspectos de Propriedade Intelectual Relativos ao Comércio - TRIPs, o qual, ao compelir os países membros a observarem os patamares mínimos de proteção aos direitos de propriedade industrial, fez com que eles criassem regras internas mais rígidas, semelhantes entre si:

O Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio representa a tentativa mais ambiciosa de regular e proteger os diferentes bens imateriais em todo o mundo. É um acordo de grande envergadura e complexidade, na somente pelo conteúdo substantivo e adjetivo das novas normas, mas sim pelo enfoque global que é dado ao tema e pela vinculação formal à vida econômica e comercial; significando uma mudança na evolução dos institutos da propriedade intelectual, novas interpretações e novos atores. (PIMENTEL, 1999, p. 181-182)

O Acordo TRIPs estabeleceu, dentre outros princípios básicos de proteção aos direitos de propriedade intelectual, os princípios da proteção mínima, do tratamento nacional e da nação mais favorecida.

O princípio da proteção mínima objetiva evitar uma redução na proteção dos direitos de propriedade intelectual e, ao mesmo tempo, conferir aos países membros a prerrogativa de conferir proteção mais ampla que a exigida no Acordo, desde que não contrarie as disposições nele contidas.

Pelo princípio do tratamento nacional, cada país signatário deve conferir aos nacionais dos demais membros a mesma proteção, vantagens e direitos concedidos a seus próprios nacionais.

Já o princípio da nação mais favorecida estabelece que qualquer vantagem ou imunidade concedida por um signatário aos nacionais de outro país deve ser outorgada, imediata e incondicionalmente, aos nacionais dos outros países-membros.

Especificamente em relação aos inventos patenteáveis, o Acordo conferiu a eles grande abrangência, como ressalta Thomaz LOBO (1997, p. 23):

(...) patentes podem ser concedidas para quaisquer inventos, em todos os campos da tecnologia, desde que novos, contemham atividade inventiva e aplicabilidade industrial, não cabendo discriminação quanto à circunstância de serem os produtos importados ou produzidos in loco. As exceções à patenteabilidade são limitadas a matérias de ordem pública ou imorais, aos inventos que causem danos sérios ao meio ambiente, aos tratamentos médicos de seres humanos ou animais, às plantas e animais (excetuados os microorganismos) e aos processos essencialmente biológicos para a produção de plantas e animais. Quanto às variedades vegetais, os membros concederão proteção por meio de patentes ou de um regime sui generis, ou ainda, por uma combinação de ambos.

Ainda, aos signatários do Acordo TRIPs foi facultada a previsão de exceções limitadas aos direitos exclusivos conferidos pela patente, desde que não conflitem com a exploração normal da mesma e não prejudiquem os interesses legítimos do seu titular.

2.3.4 Lei Brasileira da Propriedade Industrial

No Brasil, seguindo a tendência mundial de harmonização legislativa preceituada no Acordo TRIPs, foi editada a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, para regular os direitos relativos à propriedade industrial, a qual faz referência expressa aos princípios do tratamento nacional, da prioridade e da territorialidade.

A lei brasileira aplica-se ao pedido de patente ou de registro proveniente do exterior e depositado no País por quem tenha proteção assegurada por tratado ou convenção aqui em vigor, bem como aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure a reciprocidade de direitos aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil.

As disposições dos tratados em vigor no Brasil são aplicáveis, em igualdade de condições, às pessoas físicas e jurídicas nacionais ou domiciliadas no País.

A Lei 9.279/96 assegura direito de prioridade ao pedido de patente ou registro depositado em país que mantenha acordo com o Brasil, ou em organização internacional, que produza efeito de depósito nacional, nos prazos estabelecidos no acordo, não sendo o depósito invalidado nem prejudicado por fatos ocorridos nesse período.

A reivindicação de prioridade, feita no ato de depósito, é comprovada por documento hábil da origem, acompanhado de tradução simples da certidão de depósito ou documento equivalente, contendo dados identificadores do pedido, cujo teor é de inteira responsabilidade do depositante. Tal comprovação deve ser efetuada por ocasião do depósito ou, no máximo, em até cento e oitenta dias dele contados, sob pena de perda da prioridade.

Os privilégios conferidos pela referida lei proporcionam aos seus titulares os direitos de produzir, usar, vender ou importar os produtos ou processos protegidos, além de excluir terceiros no que pertine à exploração econômica dos mesmos, sem prévia autorização, durante o prazo de validade nela determinado, dentro dos limites do território brasileiro.

3 Função social

3.1 Conceito

A conceituação de função social requer a análise separada e sucessiva dos termos da expressão.

Função é algo estático e significa a ação natural e própria de qualquer coisa, enquanto social é um adjetivo que diz respeito a uma sociedade, às manifestações decorrentes das relações humanas.

A partir do momento em que o ordenamento jurídico brasileiro reconheceu que o exercício do direito de propriedade deveria estar voltado para o interesse de toda a sociedade, e não só de seu proprietário, a função da propriedade passou a ser social.

Assim, função social denota a idéia de que a propriedade, como bem, sujeita-se à sua natureza e às necessidades da sociedade, como bem explicado por Leon Duguit, citado por Orlando GOMES (2004, p. 126):

A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo o detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social.

Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito inatingível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder.

O princípio da função social impõe ao proprietário o dever de exercer o seu direito de propriedade com vistas à satisfação não apenas de sua vontade, mas, sobretudo, das necessidades dos demais indivíduos.

"A função social da propriedade, que corresponde a uma concepção ativa e comissiva do uso da propriedade, faz com que o titular do direito seja obrigado a fazer, a valer-se de seus poderes e faculdades, no sentido do bem comum." (CARVALHO, 2001, p. 285)

Celso Ribeiro BASTOS (1989, p. 123-124), ao se questionar qual seria o conceito de função social da propriedade, leciona que:

O que seria, então, 'função social da propriedade?' Afirmamos que o termo é um tanto vago, mas que, não obstante, ele encerra em si, inequivocamente, um conteúdo que o próprio Texto Constitucional não quis definir de maneira estática, exatamente por aceitar que a idéia de função social da propriedade é evolutiva. Ela muda conforme se altera a própria estrutura da sociedade. Destarte, é o evoluir social que vai agregando requisitos de maior exigência no que diz respeito à função social da propriedade. (...)

Concluindo, o conceito de função social da propriedade não é evidenciado senão à luz das próprias evoluções por que vai passando a sociedade. Não é possível uma conceituação definitiva, acabada, pronta do que seja a função social da propriedade porque são as próprias demandas e exigências sociais que, com o tempo, vão fazer com que os requisitos para a satisfação dos seus interesses possam ser mais ou menos exigentes.

Em linhas gerais, a função social da propriedade consiste na submissão desse direito aos interesses sociais, competindo ao proprietário, por ser um membro da comunidade, apenas praticar atos que não prejudiquem os direitos dos demais indivíduos que dela fazem parte.

3.2 Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 declara a função social da propriedade como princípio fundamental, portanto, plenamente eficaz e

vinculante da conduta do indivíduo e do Estado, o que não redundaria, em hipótese alguma, na supressão do direito à propriedade privada, como já visto anteriormente.

O princípio da função social constitui o alicerce do regime jurídico constitucional do direito de propriedade, na medida em que a Constituição não adotou a concepção individualista da propriedade, mas, sim, submeteu a instituição ao referido princípio.

Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (1997, p. 45-46) assevera que a utilização da propriedade está expressamente condicionada ao bem estar da sociedade:

Destinação social da propriedade. A Constituição já consagrou anteriormente a propriedade como direito individual (v. artigo 5.º, caput e XXII). A propriedade, todavia, consagrada pela Constituição, não é a da concepção absoluta, romanística, e sim a propriedade encarada como uma função eminentemente social. É o que se depreende do texto ora em exame, que implicitamente condena a concepção absoluta da propriedade, segundo a qual esta é o direito de usar, gozar e tirar todo proveito de uma coisa, de modo puramente egoístico, sem levar em conta o interesse alheio e particularmente o da sociedade. Reconhecendo a função social da propriedade, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o uso desta seja condicionado ao bem-estar geral. Não ficou, portanto, o constituinte longe da concepção tomista, segundo a qual o proprietário é um procurador da comunidade para a gestão de bens destinados a servir a todos, embora pertençam a um só.

A Constituição de 1988 reconhece, pois, as duas dimensões essenciais do ser humano, a da individualidade e a da socialidade, as quais devem ser equilibradas, harmonizadas, com vistas à consecução do valor supremo da dignidade da pessoa humana.

3.2.1 Princípio constitucional

As normas jurídicas subdividem-se em regras e princípios. Aquelas são disposições que estabelecem, em termos definitivos, um mandamento, uma proibição ou uma permissão de atuação em situações concretas nelas mesmas previstas. Já os princípios são normas que proporcionam critérios para a exata compreensão de como agir em face de situações concretas indeterminadas.

As regras constitucionais, quando remetem ao ordenamento jurídico a tarefa de concretizar as diretrizes nelas estabelecidas, são chamadas de regras programáticas, o que não se verifica com os princípios insertos na Constituição, que são sempre eficazes e plenamente aplicáveis na realidade social, independentemente de regulamentação ulterior.

CANOTILHO (1999, p. 1.102 -1.103), ao discorrer sobre a eficácia vinculativa das normas constitucionais, vai mais além e entende que até mesmo as regras programáticas não são meras recomendações ao legislador, mas, sim, normas jurídicas efetivas:

(...) existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que 'impõem uma atividade' e 'dirigem' materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: 'simples programas', 'exortações morais', 'declarações', 'sentenças políticas', 'aforismos políticos', 'promessas', 'apelos ao legislador', 'programas futuros', juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição. Não deve pois falar-se de simples eficácia programática (ou diretiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político. (...) Em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às 'normas programáticas', deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre 'norma jurídica atual' e 'norma programática': todas as normas são atuais, isto é, têm uma força normativa independente do ato de transformação legislativa. Não há, pois, na Constituição, 'simples declarações' (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só o seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico do dito valor.

O princípio jurídico, por sua vez, é norma de hierarquia superior à das regras, pelo que todo o processo de concretização destas deve partir justamente dos princípios, para que se possa dar a necessária coerência e adequação a todo o ordenamento jurídico vigente.

Assim, pode-se entender que a função social da propriedade, como concebida na Constituição Federal de 1988, é um princípio constitucio-

nal, apto à aplicação imediata a uma série indefinida de situações, que deve irradiar efeitos sobre todas as normas que tratem da matéria, como implícito nos ensinamentos de Celso Ribeiro BASTOS (2000, p. 122-123):

Ao entendermos que a função social em nosso direito está definida tão somente em nível de princípio, não significa que a norma que a consagra seja programática. Ao revés, é ela de aplicabilidade imediata. Estabelece restrições desde logo aplicáveis ao direito de propriedade. Daí porque ser lícito afirmar que hoje o direito de propriedade no Brasil está condicionado a dois fatores independentes: de um lado, o fator aquisitivo da propriedade - será proprietário aquele que a adquirir de forma legítima, dentro do disposto na lei - de outra parte, é preciso que essa propriedade seja utilizada de forma condizente com os fins sociais a que ela se preordena.

Em síntese, dois são os elementos da propriedade, sendo o segundo introduzido no nosso direito pelo princípio da função social da propriedade. Daí porque não ser ele um princípio ineficaz, ou programático, ou de aplicabilidade diferida. É, como já afirmamos, um princípio pleno, de aplicação imediata e que produz, de pronto, todos os seus efeitos.

A verificação do cumprimento da função social da propriedade exige juízo de ponderação em face do princípio constitucional da propriedade privada e, em um possível conflito entre eles, certamente deve prevalecer o princípio da função social, em razão dos interesses sociais terem maior peso, sobreporem-se aos interesses individuais.

O princípio da função social objetiva conceder legitimidade jurídica à propriedade privada, tornando-a associativa e construtiva, de modo a resguardar os fundamentos e diretrizes constitucionais a ela relacionados:

Como limite positivo, o direito de propriedade deve ser exercitado de forma que melhor atenda à sua função social, na incansável busca pelo bem comum. Qualquer atuação inferior a esse patamar - capaz de ferir o interesse geral - será interpretada como abuso de direito de propriedade. Como princípio, a função social encerra um mandato de otimização, um ponto de partida capaz de determinar que a propriedade realize-se da

melhor forma possível, conforme os valores verificáveis em determinada época e lugar. (ROSENVALD, 2004, p. 31)

Enfim, o princípio constitucional da função social da propriedade informa, direciona, instrui e determina a concretização de todos os demais princípios e regras jurídicas relacionados à instituição da propriedade.

3.2.2 Função social e ordem econômica

Ao relacionar os princípios a serem observados para que a ordem econômica, radicada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tenha por finalidade assegurar a todos existência digna, de acordo com os ditames da justiça social, a Constituição de 1988 refere-se, expressamente, à função social da propriedade privada¹.

A opção do texto constitucional, "embora não o diga expressamente, é pelo capitalismo e a apropriação privada dos meios de produção, com alguns preceitos apontando para uma socialização, sem, contudo, comprometer a essência do sistema". (CARVALHO, 2001, p. 564)

De fato, a Constituição de 1988 consagra a economia de mercado, de natureza capitalista, voltada para a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, observados os princípios nela contidos, de modo a orientar a intervenção do Estado na economia.

A propriedade, como já se viu, é múltipla e incide sobre vários tipos de bens, corpóreos e incorpóreos. Neste ponto, em que se aborda a função social na ordem econômica brasileira, cumpre acrescentar que a propriedade também pode ser considerada sob as óticas estática e dinâmica.

Estaticamente considerada, a propriedade abarca os bens imóveis destinados à moradia do proprietário, os créditos e as relações jurídicas deles derivadas para os seus titulares. Já sob o ponto de vista dinâmico, a propriedade relaciona-se com as atividades econômicas, industriais e comerciais, destinadas a produzir e promover a circulação, a distribuição e o consumo de bens.

Desse modo, pode-se falar em propriedade de bens de consumo e propriedade de bens de produção, as quais provocam discussão quando o tema é definir se, efetivamente, a função social recai sobre elas.

Para Eros Roberto GRAU (2005, p. 236-237), o princípio da função social incide apenas sobre a propriedade dos bens de produção, que se aplicam na produção de outros bens ou rendas:

(...) a moderna legislação econômica considera a disciplina da propriedade como elemento que se insere no processo produtivo, ao qual converge um feixe de outros interesses que concorrem com

aqueles do proprietário e, de modo diverso, o condicionam e por ele são condicionados. Esse novo tratamento normativo respeita unicamente aos bens de produção, dado que o ciclo da propriedade dos bens de consumo se esgota na sua própria fruição. Apenas em relação aos bens de produção se pode colocar o problema do conflito entre propriedade e trabalho e do binômio propriedade-empresa. Esse novo direito - nova legislação - implica prospecção de uma nova fase (um aspecto, um perfil) do direito de propriedade, diversa e distinta da tradicional: a fase dinâmica.

O referido autor entende que a propriedade de bens de consumo, instrumento de manutenção de sobrevivência e dignidade do ser humano, é dotada unicamente de função individual, voltada precipuamente ao atendimento dos interesses do seu titular, sobre ela incidindo apenas o poder de polícia para coibir abusos no exercício do direito:

(...) enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar - a dignidade da pessoa humana, pois - a propriedade consiste em um direito individual e, iniludivelmente, cumpre função individual. Como tal, é garantida pela generalidade das Constituições de nosso tempo, capitalistas e, como vimos, socialistas. A essa propriedade não é imputável função social; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal.

Aqui se cogita, portanto, de uma propriedade distinta daquela(s) outra(s) afetada(s), em sua(s) raiz(es), pela função social. (...) Por se tratar de propriedade com função individual, aliás, é que o artigo 185, I, define como insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária (mas não por razões de utilidade pública ou por outro motivo de interesse social) a pequena e a média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra. (GRAU, 2005, p. 235)

No entanto, não se mostra acertado subtrair a incidência da função social sobre as propriedades estáticas, os bens de consumo, tais como alimentos, roupas e moradia. Isso porque, na medida em que tais bens satisfazem as necessidades individuais de seus titulares, cumprem, sim, uma função social, já que estes, como membros da sociedade, estão

apenas legitimados a exercer os seus direitos estritamente nos moldes definidos pelo ordenamento jurídico, o qual, sem dúvida alguma, visa ao atingimento dos interesses sociais:

A interpretação mais adequada, a nosso ver, seria considerar tanto a propriedade estática quanto a dinâmica submetidas ao preceito da função social, que não acarreta, em nenhuma das hipóteses, a supressão do princípio constitucional garantidor do direito à propriedade privada. (VAZ, 1993, p. 153)

Nesse sentido, José Afonso da SILVA (2000, p. 791) acrescenta que, para se propiciar a realização ampla da função social da propriedade de bens de consumo, destinada à manutenção da vida humana por meio da satisfação das necessidades primárias de seu titular, vale até mesmo a intervenção do Estado no domínio da sua distribuição, para garantir "que sejam predispostos à aquisição de todos com a maior possibilidade possível".

Divergências à parte, certo é que a Constituição elegeu tanto a propriedade privada quanto a função social como princípios da ordem econômica, do que decorre que devem ser aplicados em conjunto, como meios de garantir a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

3.3 Códigos civis brasileiros

A intensa transformação social que se operou ao longo dos anos, desde a entrada em vigor do Código Civil de 1916, evidenciou que o ser humano, antes de adotar condutas guiadas unicamente por interesses individualistas, até mesmo egoístas, deve assumir a condição de membro da sociedade, compromissado com a harmonização do seu próprio bem-estar, também relevante, ao bem-estar geral.

Elaborado às luzes dessa nova concepção, a da socialidade, o Código Civil de 2002 promoveu significativas mudanças na regulamentação da propriedade ao concretizar o princípio da função social em seu texto, como será visto adiante.

3.3.1 Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916, marcadamente influenciado pelo Código de Napoleão, refletiu o individualismo e o materialismo reinantes no século XIX, em que o homem era visto como um fim em si mesmo, sujeito ou titular de direito, sobretudo o de propriedade:

A propriedade era compreendida como direito absoluto, ou quase isso, de tal modo que o direito do senhor ou amo em nada se esmaecia, ainda que

o domínio - ou a forma como ele era exercido - estivesse a beneficiar apenas a si próprio, em detrimento da sociedade. A função social da propriedade nem de longe era sobrelevada. (SANTOS, 2002)

Nelson ROSENVALD (2004, p. 30) ressalta, entretanto, que, não obstante o Código de 1916 não ter feito referência expressa aos interesses sociais, a preocupação com estes pode ser percebida na sua Lei de Introdução:

Há tempos, o artigo 5.º da Lei de introdução ao Código Civil exalta que 'a lei atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum'. O bem comum é justamente o interesse social em que a propriedade seja solidária e conformadora de garantias fundamentais. Trata-se de um ônus social que recai sobre qualquer tipo de propriedade, em maior ou menor grau.

De qualquer maneira, certo é que a maior parte das disposições do revogado Código prestigiava valores de um ordenamento jurídico individualista e formalista, afastado da efetiva concretização dos interesses da sociedade.

3.3.2 Código Civil de 2002

O legislador brasileiro dotou o Código Civil de 2002 de uma notável busca da função social de seus institutos, sobretudo o da propriedade privada, que confere a seu titular as prerrogativas de usar, gozar, dispor e reivindicar o bem limitadamente, balizado pelos interesses públicos, jamais podendo dele abusar.

Ao tecer comentários acerca do Projeto do novo Código Civil, Miguel REALE (2000) ressalta que a propriedade deve ser vista sob o enfoque de seu novo conceito, "com base no princípio constitucional de que a função da propriedade é social, superando-se a compreensão romana quirritária da propriedade em função do interesse exclusivo do indivíduo, do proprietário ou do possuidor".

Realmente, o Código em vigor demonstra claramente que a intenção legislativa é fazer com que o direito de propriedade esteja adstrito ao princípio da função social, de observância obrigatória pelo intérprete por ser a justificação das restrições ao moderno direito de propriedade.

O exercício do referido direito deve guardar consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, sendo vedado ao proprietário praticar atos que não lhe tragam qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem, o que denota a finalidade de se proteger a sociedade, representada por cada um de seus

indivíduos, de condutas lesivas do proprietário relativas ao patrimônio individual de terceiro, seja em seu aspecto material, moral ou ligado à sua personalidade.

A imputação de uma função humana à propriedade constitui importante inovação do novo Código Civil, e, em última análise, pode ser considerada como manifestação restrita do princípio da função social da propriedade, tendo em vista que, enquanto este é amplo e atinge a sociedade como um todo, aquela diz respeito às relações individualizadas entre os membros dessa sociedade (BARBOSA; PAMPLONA FILHO, 2005).

Ainda, por estabelecer limitações de ordem administrativa ao direito de propriedade, inclusive a desapropriação por interesse social, o Código reafirma, sob a ótica civilista, que o interesse público prepondera sobre o particular, de modo a afastar as pretensões emulatórias, meramente egoísticas do proprietário, que não levam em conta os interesses da sociedade.

3.4 Intervenção estatal

A intervenção na propriedade privada consiste no ato do Estado que, compulsoriamente, retira ou restringe direitos de seu titular, ou sujeita o uso do bem a uma determinada destinação de interesse público. Visa, antes de tudo, suavizar injustiças e opressões econômicas, por meio da conjugação dos interesses do proprietário com os interesses da sociedade:

Os fundamentos da intervenção na propriedade (...) repousam na necessidade de proteção do Estado aos interesses da comunidade. Os interesses coletivos representam o direito do maior número e, por isso mesmo, quando em conflito com os interesses individuais, estes cedem àqueles, em atenção ao direito da maioria, que é a base do regime democrático e do Direito Civil moderno. (MEIRELLES, 2001, p. 557)

A propriedade é plena quando todos os seus direitos elementares são exercidos pelo proprietário, enquanto a propriedade restrita ou limitada tem algum ou vários desses direitos destacados e atribuídos a um terceiro.

O direito de propriedade é limitado em decorrência da lei, dos princípios gerais de direito ou da vontade do proprietário, podendo este ter afetada toda a extensão de seu domínio ou apenas algumas de suas prerrogativas, por vontade própria ou de terceiro, no interesse social, dele mesmo ou de outrem.

O Estado brasileiro, por meio da Constituição Federal de 1988, garante ao particular o direito de propriedade. Tal instituto, que congrega as faculdades de usar, gozar e dispor da coisa, bem como de reavê-la de quem injustamente a possua ou detenha, vem gradativamente evoluindo do caráter individual para o social, sobretudo porque é a própria Constituição que estabelece que a propriedade deve atender a sua função social e que ao Estado é garantido o direito de desapropriar por interesse social.

A multiplicidade das exigências sociais e a variedade das necessidades coletivas impõem ao Poder Público a diversificação dos meios de intervenção na propriedade privada, visando à conciliação dos direitos individuais aos interesses coletivos, que variam desde o apoderamento de bens e serviços particulares, por meio da desapropriação ou da requisição, até as medidas mais atenuadas do tombamento, da servidão administrativa, da limitação administrativa e da ocupação temporária.

Nesse cenário, o princípio constitucional da função social da propriedade está sempre a nortear a ação do Estado brasileiro, que dele não pode se distanciar ao utilizar-se de suas prerrogativas para intervir no domínio privado.

O referido princípio irradia efeitos sobre todo e qualquer instrumento de intervenção estatal que tenha por objeto a propriedade privada e constitui a própria justificação das mencionadas restrições, o que, por si só, já demonstra a diferença existente entre a função social da propriedade e as limitações, os vínculos e os ônus de ordem administrativa sobre ela incidentes:

O princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário - ou a quem detém o poder de controle, na empresa - o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos - prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer - ao detentor do poder que deflui da propriedade. Vinculação inteiramente distinta, pois, daquela que lhe é imposta mercê de concreção do poder de polícia. (GRAU, 2005, p. 245)

A função social é, assim, bem mais ampla, impõe obrigações de fazer ao proprietário e potencializa as intervenções amparadas no poder de polícia, direcionando-as.

Carlos Ary SUNDFELD (1987, p. 08-09), entretanto, sustenta que o princípio da função social da propriedade não baliza as tradicionais limitações à propriedade:

Ora, se nunca se impugnou o poder de o Estado limitar a propriedade, adequando-a ao interesse público, mesmo quando esta era tida apenas por direito individual absoluto, por que achar agora que as limitações baseiam-se no princípio da função social? (...)

Portanto, só se pode concluir que o princípio da função social é um "novo instrumento" que, conjugado aos normalmente admitidos (as limitações, as desapropriações, as servidões etc.), possibilitam a obtenção de uma ordem econômica e social que realize o desenvolvimento com justiça social.

Não obstante tal posicionamento, parece mais apropriado entender-se que o princípio da função social da propriedade, mais que uma limitação, confere legitimidade ao Estado para atuar de maneira ampla e incisiva sobre os tradicionais direitos do proprietário e, nesse sentido, autoriza a intervenção estatal na propriedade privada.

Contudo, não é apenas esta a função do citado princípio constitucional, que deve ser visualizado sob uma ótica muito mais abrangente, como princípio gerador da imposição de comportamentos positivos do proprietário, o qual não possui apenas o dever de não exercer o seu direito em detrimento de outrem, mas, também, o dever de exercer aquele direito em favor da sociedade, como instrumento da concretização da dignidade humana.

4 Função social e propriedade industrial

A propriedade, vista como um direito absoluto, em nada contribui para o desenvolvimento social, ao contrário, estimula profundos conflitos entre os homens, decorrentes da insatisfação de suas necessidades materiais e espirituais.

O ser humano vive em sociedade justamente para atender às suas exigências, o que é buscado por meio da utilização dos variados bens nela disponíveis. Entretanto, tais bens, diversamente das necessidades humanas, são limitados, portanto, insuficientes para a satisfação plena de todos simultaneamente:

(...) já não é possível admitir que o titular empregue seu imóvel em atenção a fins puramente individuais. Cumpre-lhe, ao contrário, fazê-lo de uma forma útil à sociedade, usando-o como um instrumento de riquezas e visando à felicidade de todos. E, de fato, sendo escassos os bens naturais postos à disposição do homem, exige-se que seu uso se faça para proveito de todos, ainda que se

deva respeitar a propriedade como um direito subjetivo individual, em contraposição às combatidas teorias marxistas. O predicado da função social, diz Trotabas, citado por Ribeiro da Cunha, não constitui uma ameaça ao direito do proprietário; antes, completa e enriquece a noção de propriedade. (MARQUESI, 2001, p. 95)

Assim, até mesmo por necessidade, a propriedade deve ser tida como um direito de seu titular, porém, vinculado a deveres jurídicos perante o corpo social, visando à preservação da sociedade, do homem e do próprio direito de propriedade.

A função social é conceito próprio de todos os tipos de propriedade, sobretudo da propriedade privada, pois o seu titular, no exercício de seus direitos, é incumbido de cumprir o dever social imposto pela Constituição, sob pena da propriedade perder a sua legitimidade jurídica e ele não mais poder argüir a seu favor o direito individual de defendê-la ou preservá-la.

A propriedade, que incide tanto sobre bens móveis e imóveis, materiais e imateriais, deve cumprir sempre a sua função social, isto é, o exercício desse direito deve ter por escopo harmonizar os interesses do proprietário com os interesses sociais, de modo a concretizar a solidariedade e a dignidade humana:

O indivíduo não mais tudo pode, mas isto em atenção ao próprio indivíduo. Promovendo o todo se tem em vista a promoção de cada um (mas todos) dos seus membros, e não todo em si mesmo, como algo superior a suas partes. A Socialidade é uma técnica de Promoção da Pessoa Humana, e esta é impensável sem sua Individualidade. (PESCE, 2004)

Nesse cenário, a função social, princípio constitucional estabelecido em favor do bem comum, também irradia efeitos sobre a propriedade intelectual, nela compreendida a propriedade industrial, como resalta Carlos Alberto ROHRMANN (2005, p. 187):

A chamada função social da propriedade está contida em preceito da Constituição do Brasil e foi também detalhada no Código Civil brasileiro de 2002. É incontestável que a função social da propriedade aplica-se também à propriedade intelectual e industrial, uma vez que a Constituição da República não a excepcionou e, como se depreende, por exemplo, das quebras de patentes de medicamentos em certos casos específicos.

Atualmente, vemos um crescimento da importância da propriedade intelectual, seja através da indústria do entretenimento que demanda proteção para os programas de computador, para as músicas, para os filmes e para os jogos em geral; seja por meio da indústria que necessita das proteções patentárias para suas invenções e para os seus modelos de utilidade com aplicações industriais.

O Brasil, ao tempo em que reconhece o papel marcante que exerce a propriedade industrial no desenvolvimento no campo da técnica, conferindo proteção ao inventor por meio das patentes, destaca a relevância dos interesses sociais nesse processo, seja pela norma constitucional², seja por previsão expressa na legislação pertinente à matéria.

4.1 Intervenção estatal

A proteção aos direitos de propriedade industrial, balizada na harmonização entre os interesses individual e social, incentiva os investimentos em pesquisa e produção no campo da indústria e, por conseguinte, favorece a geração de novos bens, empregos e riquezas, de modo a melhorar a capacidade do setor produtivo e as condições de vida da humanidade.

O direito de propriedade industrial está, assim, indissociavelmente atrelado à sua função social, cujo cumprimento implica comportamentos positivos por parte do proprietário, o qual deve exercer o seu direito em benefício da sociedade, e não apenas evitar exercê-lo em prejuízo desta.

Uma vez não cumprido tal mister, impõe-se a extinção do uso nocivo ou do não-uso da propriedade e, se preciso for, a desapropriação, mediante prévia e justa indenização, saindo a propriedade das mãos de seu titular e passando para o Estado ou, até mesmo, para terceiro que lhe dê a função almejada.

Ao ressaltar que a propriedade industrial deve ser exercida à luz do princípio da função social, Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (1997, p. 50) tece os seguintes comentários:

Privilégio do inventor. O inventor merece inegavelmente retribuição pela sua contribuição para o desenvolvimento da humanidade. Essa retribuição se dá pelo estabelecimento de um privilégio temporário para a utilização do invento. Dessa forma somente com a sua autorização, graciosa ou remunerada, é que o invento poderá ser empregado. A Constituição de 1946 estabelecia que se a vulgarização conviesse à coletividade conceder-se-

ia justo prêmio em troca da supressão imediata desse privilégio (artigo 141, § 17). Com isto, pretendia-se evitar o caso de uma invenção do mais alto interesse para a comunidade ter sua utilização sacrificada pelo egoísmo do inventor. Ocorre, porém, que a previsão constitucional criava um difícil problema de exegese. Qual seria o justo prêmio? Seria este o justo valor da invenção?

O texto em epígrafe não tem esta previsão. Nem por isso todavia poderá o egoísmo do inventor sacrificar a comunidade, impedindo-a de usar de uma invenção útil. Com efeito poderá o Poder Público, se for esse o caso, expropriar a invenção ou a patente, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

A inobservância do princípio da função social no exercício da propriedade industrial sujeita o seu titular à expropriação ou limitação de seu direito, mediante licenciamento compulsório, com vistas à concretização dos interesses sociais e da dignidade da pessoa humana, consagrados constitucionalmente.

Especificamente nos casos de emergência nacional ou interesse público no objeto da patente, abrem-se as alternativas constitucionais da desapropriação e da requisição, configurando-se esta última por meio da licença compulsória prevista no artigo 71, da Lei de Propriedade Industrial, e no Decreto nº 3.201/99.

4.2 Função social e patentes

O desenvolvimento tecnológico é um fator imprescindível para o crescimento econômico brasileiro, na medida em que permite a produção de artefatos com utilidades até então desconhecidas ou, ainda, a otimização do procedimento de fabricação dos já existentes.

Por esse motivo, a Lei nº 9.279/96 assegura, aos autores de inventos industriais e de modelos de utilidade com aplicação industrial, o privilégio temporário para a utilização de suas criações, com a percepção dos lucros proporcionados pela proteção patentária, como forma de recompensa pelo resultado da criatividade:

A complexidade do sistema industrial moderno, a velocidade dos avanços tecnológicos e, acima de tudo, o imperativo de colocar ao alcance de todos os segmentos sociais os benefícios das conquistas tecnológicas, impõem uma perfeita compreensão dos mecanismos disciplinadores da propriedade intelectual. Esta compõe-se de novas idéias, inven-

ções e demais expressões criativas, que são essencialmente o resultado da atividade privada. A maturação de novas tecnologias, traduzidas em valores de comércio cada vez mais expressivos, passaram a demandar novas formas de proteção a esses produtos que são, por definição, intangíveis. (FURTADO, 1996, p. 25)

Entretanto, a efetivação desse mecanismo de privilégio não pode deixar de lado o necessário equilíbrio entre os direitos do inventor e os interesses sociais, cujo atendimento, dentre outros fatores, está vinculado à utilização adequada do objeto da proteção, colocado à disposição ou a serviço dos demais membros da sociedade.

A tutela da propriedade industrial, balizada pelo princípio da função social, incentiva a pesquisa e o investimento em novas tecnologias, já que os titulares das patentes obtêm receita pela exploração de suas obras, e, ainda, permite a disseminação do conhecimento tecnológico e o progresso científico, considerando que as invenções e criações industriais, bem como os processos de obtenção das mesmas são colocados à disposição de toda a população, que deles poderá se servir livremente após caírem em domínio público.

4.2.1 Lei brasileira da propriedade industrial

Os direitos e obrigações relativos às patentes de invenção e de modelo de utilidade encontram-se dispostos na Lei nº 9.279/96, que visa garantir os direitos dos titulares dos privilégios, dos legítimos usuários das criações e, em última análise, da própria sociedade.

A Lei Brasileira da Propriedade Industrial contém disposições que se revelam verdadeiros vínculos do exercício dos direitos decorrentes das patentes ao princípio constitucional da função social, como será abordado a seguir.

4.2.1.1 Interesse social e desenvolvimento tecnológico

A Lei de Propriedade Industrial determina, em seu artigo segundo, que a proteção aos direitos nela regulados, aí incluídos os relativos às patentes de invenção e de modelo de utilidade, deve pautar-se pelo interesse social e pelo desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil.

Tal disposição reflete o disposto na Constituição Federal³, que exige que a tutela conferida, por lei, aos autores dos inventos e criações industriais deve ter "em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País".

Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (1997, p. 50), em comentários à referida regra constitucional, salienta que o interesse da sociedade e o

desenvolvimento tecnológico e econômico brasileiro podem reduzir ou aumentar o prazo do privilégio patentário, mas jamais suprimi-lo, a não ser em casos que justifiquem a desapropriação:

Interesse social e desenvolvimento tecnológico. Esta referência é inovação do texto em estudo. Quer ele dizer que o legislador, na estipulação do privilégio temporário, deverá levar em conta o interesse da sociedade brasileira e do desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Isso não significa que o legislador possa em determinados casos abolir o privilégio, que só pode ser perdido se o inventor tiver a sua invenção expropriada conforme se apontou acima. Todavia, o prazo, quer dizer, o elemento temporal do privilégio, pode ser estendido ou reduzido, levando-se em conta o interesse social ou o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Além da concretização dos interesses sociais, portanto, a legislação patentária tem por escopo a proteção aos interesses financeiros dos investidores em pesquisas e desenvolvimento tecnológico. "A potencialidade econômica proporcionada pela invenção patenteada, que se projeta no patrimônio do seu proprietário, portanto, é diretamente proporcional ao valor econômico da tecnologia protegida." (PIMENTEL, 1999, p. 208)

Daí decorre que as patentes têm várias outras funções somadas à sua função social, como, por exemplo, a de reembolsar os investimentos em pesquisas para incentivar o desenvolvimento de novos produtos e a de divulgar informações tecnológicas.

4.2.1.2 Divulgação de informações

A patente, que garante a propriedade de invenção ou modelo de utilidade, pode ser requerida em nome próprio pelo autor, pelos herdeiros ou sucessores deste, pelo cessionário ou, ainda, por aquele a quem a lei ou o contrato de trabalho ou de prestação de serviços determinar que pertença a titularidade, presumindo-se, salvo prova em contrário, que o requerente tem legitimidade para obter a proteção.

Nos casos em que a invenção ou o modelo de utilidade tenham sido criados conjuntamente por duas ou mais pessoas, a patente pode ser requerida por ambas ou apenas uma delas, mediante nomeação e qualificação das demais, para ressalva dos respectivos direitos.

Apenas quando há fortes indícios que conduzam ao questionamento quanto à legitimidade do requerente, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI exige a apresentação de documento hábil para a

comprovação da sua condição, tais como cessão, formal de partilha, contrato de trabalho ou de prestação de serviços.

Ao solicitar a proteção por meio de patente, o requerente deve apresentar um relatório que contenha a descrição clara e suficiente do objeto, de modo a possibilitar sua realização por técnico no assunto, e indique, quando for o caso, a melhor forma de execução:

Elemento crucial da funcionalidade do sistema de patentes, o relatório descritivo tem por finalidade expor a solução do problema técnico em que consiste o invento. Normalmente, o relatório inclui a descrição do problema, o estado da arte, ou seja, as soluções até então conhecidas para resolvê-lo, e a nova forma de solução - indicando em que esta altera o estado da arte. (BARBOSA, 1998, p. 54)

O relatório descritivo, apresentado junto ao pedido de patente, que contenha todas as informações necessárias à reprodução do objeto protegido e ao desenvolvimento de novos produtos, indubitavelmente é um valioso instrumento de divulgação de conhecimentos que contribui para o avanço tecnológico do País e gera reflexos imediatos na sociedade, como bem ensina PIMENTEL (1999, p. 230) ao discorrer sobre a função informacional das patentes:

A função informacional, de difusão tecnológica, atribuída aos Estados, permite e facilita o acesso das empresas às informações tecnológicas contidas nos documentos que descrevem as novas invenções, permitindo-lhes obter soluções técnicas adaptadas às suas necessidades específicas. Apon-tando manifestamente para a difusão do conhecimento, a fim de contribuir para o desenvolvimento da ciência aplicada e da tecnologia através dos centros de pesquisa. O que, implicitamente, possibilita um controle do nível tecnológico alcançado em cada Estado.

O Estado, ao outorgar ao titular de uma patente o direito exclusivo sobre o invento industrial, o faz por tempo determinado e a troco do titular divulgar o novo conhecimento, que passa, então, a compor o acervo tecnológico nacional e a servir de base para novas criações.

Reside aí, portanto, outro meio evidente de cumprimento da função social das patentes, que demonstra a harmonia entre os direitos de seus detentores, que têm garantido, por tempo determinado, o benefício econômico sobre suas obras, e os interesses da sociedade, que tem acesso a informações que, certamente, servem de base para outras cria-

ções, ou, até mesmo, para a reprodução em grande escala de cópias que poderão ser colocadas no mercado a preço menor, assim que as obras caírem em domínio público, em razão dos copiadoreis não investirem em pesquisa e desenvolvimento.

Nesse cenário, é crucial que se envide esforços no sentido de otimizar o aproveitamento das informações contidas nos documentos apresentados pelos requerentes de proteção patentária, arquivadas no Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, por ser tal providência determinante para o aperfeiçoamento do objeto protegido, a diversificação da produção e o surgimento de novas tecnologias no mercado, enfim, para o alcance de avanços econômicos e sociais efetivos.

4.2.1.3 Não-patenteabilidade

O Brasil, em face da prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais, ao conferir proteção patentária aos autores de inventos e criações industriais, delimitou a matéria a ser tutelada⁴, destacando-se o que for contrário à moral, aos bons costumes, à segurança, à ordem e à saúde públicas, o que evidencia a preocupação com os aspectos sociais ligados às patentes.

A interpretação do que seja contra a moral e os bons costumes, que abrange as invenções contrárias aos cultos religiosos e aos sentimentos dignos de respeito e veneração, é bastante subjetiva e mutável por depender de valores sociais da época.

Por invenções que agridem a ordem pública devem ser entendidas aquelas contrárias às leis, de forma expressa, e à segurança pública, cuja finalidade única é causar dano à coletividade. Cumpre ressaltar que apenas não podem ser patenteadas as invenções cujo caráter de ilicitude relacione-se diretamente ao objeto da invenção, não alcançando aquelas cuja ilicitude advenha de uma das formas ou modos particulares de sua utilização ou emprego, sem que haja previsão no relatório descritivo do pedido.

As invenções de finalidade contrárias à saúde, por sua vez, não abarcam as que, de forma indireta, possam colocar em risco a saúde ou a vida das pessoas que as empregam ou que estejam sujeitas aos seus efeitos ou conseqüências, referindo-se tão somente às invenções que visam exclusivamente prejudicar a saúde pública.

4.2.1.4 Licença compulsória

Além da licença voluntária, que permite ao titular da patente, ou ao depositante do pedido, durante o prazo de sua vigência, licenciar terceiros a fabricar e comercializar o produto ou processo, a lei brasileira prevê a oferta de licença, pela qual se pode solicitar ao INPI que coloque a patente em oferta, e a licença compulsória, instituída para evitar abusos no exercício do direito de exploração exclusiva da patente.

A licença compulsória, instrumento de salvaguarda que busca incentivar a exploração efetiva da patente por seu titular, ou por terceiro legalmente licenciado, sem abuso de poder, de modo a propiciar o desenvolvimento econômico, industrial e social do País, tem lugar em casos, dentre outros, de falta ou insuficiência de exploração, de exercício abusivo e de abuso de poder econômico, como previsto na Lei nº 9.279/96⁵.

O pedido de licença compulsória deve ser formulado mediante indicação das condições oferecidas ao titular da patente, que tem o prazo de sessenta dias para se manifestar, importando o seu silêncio em aceitação da proposta nos termos ofertados.

Havendo contestação, no prazo legal, a licença apenas não é concedida caso o titular justifique o desuso do objeto da patente por razões legítimas, ou comprove a realização de sérios preparativos para a sua exploração, ou, ainda, justifique a falta de comercialização ou de fabricação por obstáculo de ordem legal.

Ressalvada tal hipótese, o licenciamento compulsório é concedido, procedendo-se ao arbitramento da remuneração a ser paga ao titular com base nas circunstâncias de cada caso e, obrigatoriamente, no valor econômico da licença, tendo em vista que esta não tem propósito punitivo, mas, apenas, de correção de disfunções geradas pela exclusividade de exploração do privilégio patentário.

Uma vez efetivada a licença compulsória, o licenciado deve, no prazo de dois anos contados da sua concessão, efetivar a exploração econômica da invenção ou modelo de utilidade de forma satisfatória, de modo a atender o interesse social e propiciar o desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil.

Caso haja o decurso do prazo sem que o objeto do privilégio tenha sido efetivamente explorado ou o prazo não tenha sido suficiente para prevenir ou sanar o abuso, opera-se a caducidade da patente, de ofício ou mediante requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse, o que faz com que o inventor perca os direitos que titularizava e a invenção ou o modelo de utilidade caia em domínio público:

O direito de patentes, ao proteger a tecnologia e colocá-la à disposição do seu proprietário, permite um monopólio cujo efeito é a limitação da concorrência no mercado. No entanto, todo direito de propriedade gera o dever de não ser exercido abusivamente. No caso da patente facilmente se verificam abusos e os remédios para corrigir as distorções que possam ocorrer no mercado são as licenças e a caducidade da patente. (PIMENTEL, 1999, p. 215)

Desse modo, por meio da licença compulsória também se revela a função social da propriedade industrial, na medida em que é concedida para estancar abusos no exercício dos direitos conferidos pelas patentes, podendo, ainda, ser concedida, de ofício e em caráter não-exclusivo, nas hipóteses de interesse público e emergência nacional, nos termos da Lei de Propriedade Industrial⁶, o que está regulado pelo Decreto nº 3.201/99.

Por emergência nacional entende-se o iminente perigo público, ainda que apenas em parte do território nacional, e por interesse público, os fatos relacionados, dentre outros, à saúde pública, à nutrição, à defesa do meio ambiente, bem como aqueles de primordial importância para o desenvolvimento tecnológico ou sócio-econômico do Brasil.

Uma vez constatada a impossibilidade de o titular da patente, diretamente ou por intermédio de licenciado, atender às exigências para a sua exploração, a licença compulsória é concedida, mediante pagamento de remuneração ao titular, calculada com base nas circunstâncias de cada caso e, obrigatoriamente, no valor econômico da licença, considerando que esta não tem propósito punitivo, mas, sim, de correção de disfunções geradas pela exclusividade de exploração do privilégio patentário:

Pelo exposto, pode-se definir a licença compulsória como o procedimento legal que consiste, basicamente, em outorgar autorização, pela autoridade do Estado (INPI), a um particular, para que este explore o produto patenteado, independentemente da vontade do titular da patente, quando este último deixou de exercer suas prerrogativas e seus deveres de produzi-lo e não se dispôs a licenciá-lo, voluntariamente, para um interessado. É nesse sentido que se define a compulsoriedade da medida. Nesse caso, para assegurar que o mercado seja abastecido e com vistas a garantir a exploração do produto no território nacional, a autoridade administrativa ou a judiciária pode e deve conceder a licença compulsória. (DEL NERO, 1998, p. 172)

Após concedida a licença compulsória, o licenciado deve, no prazo de dois anos contados da sua concessão, efetivar a exploração econômica da invenção ou modelo de utilidade de forma satisfatória. Caso isso não ocorra, seja pela inércia do licenciado, seja pela insuficiência do prazo legal para prevenir ou sanar o abuso, opera-se a caducidade da patente, de ofício ou mediante requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse, o que faz com que o inventor perca os direitos que titularizava e a invenção ou o modelo de utilidade caia em domínio público.

Ao cair em domínio público o objeto patenteado, mais uma vez se abre a possibilidade da sociedade ser beneficiada, pois, como já foi ressaltado, ela poderá fazer uso das informações a ele referentes da maneira que melhor lhe convier, evidenciando-se, assim, outra forma de cumprimento do princípio da função social da propriedade industrial.

4.2.1.5 Segredo de indústria

As patentes constituem um monopólio de direito de exploração exclusiva concedida por lei, por prazo determinado, enquanto os chamados segredos empresariais são um monopólio de fato, sem prazo de validade, que podem ser usados pela empresa segundo sua livre vontade, sem interferência de terceiros.

O segredo empresarial, expressão de sentido amplo, engloba o segredo de indústria e o segredo de negócio, que se diferem, basicamente, em função daquele se referir a informações de aplicação industrial e este, de comercialização de produtos, como esclarece Luiz Otávio PIMENTEL (1999, p. 106-107):

A proteção prevista para o segredo industrial, geralmente de natureza penal, reconhece ao detentor de um segredo industrial o direito de mantê-lo secreto. Para SILVEIRA, o segredo industrial pode ser definido como o 'conhecimento sobre idéias, meios de fabricação ou produtos que o empresário deseja manter ocultos por seu valor competitivo'. Sendo, portanto, características essenciais o caráter oculto, voluntário e vantajoso. Incluídos no conjunto do segredo 'as próprias idéias, como os descobrimentos científicos, que, ocorrendo no seio da empresa, podem ter uma aplicação prática potencial de alto valor competitivo'.

O segredo de negócio é o conjunto de informações que são valiosas para a empresa, comercial ou industrial, que se esforça para mantê-las fora do conhecimento de outras empresas, com aplicação restrita ao campo da circulação de mercadorias e não ao de aplicação industrial, que é objeto do segredo industrial.

Em que pese alguns acreditem ser mais vantajoso manter as técnicas de produção ou a própria evolução tecnológica da empresa como segredo de indústria, por não haver interferência de terceiros nem custos de manutenção da proteção, certo é que o benefício efetivo da sociedade, bem como o do próprio titular da invenção ou modelo de utilidade, apenas pode ser alcançado por meio das patentes.

Realmente, a proteção de um determinado produto por meio de patente, além de garantir que as criações no campo industrial sejam um investimento rentável, tem o intuito precípua de prevenir que competidores copiem e vendam tal produto a um preço mais baixo, já que não foram onerados com os custos da pesquisa e desenvolvimento inerentes à criação.

Ademais, o segredo de indústria corre elevado risco de ser descoberto e facilmente copiado, já que a repressão à sua divulgação, prevista no artigo 195, item XI, da Lei de Propriedade Industrial, é extremamente difícil em face da ausência de proteção legal, enquanto a patente, além de propiciar a exploração econômica do objeto, confere a seu titular a prerrogativa de obter indenização caso haja ação danosa de terceiros.

4.2.2 Produtos farmacêuticos

No antigo Código de Propriedade Industrial - Lei nº 5.772/71, os produtos farmacêuticos e os respectivos processos de obtenção não eram passíveis de proteção patentária, a qual somente foi autorizada pela Lei nº 9.279/96 e, posteriormente, condicionada à análise prévia da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, pela Lei nº 10.196/01.

Assim, foi criado outro requisito de patenteabilidade para produtos e processos farmacêuticos, o que tem sido objeto de vários questionamentos, dentre eles o de Denis Borges BARBOSA (1998, p. 442):

(...) o direito de pedir patente (e de obtê-la, uma vez verificados os requisitos legais) tem fundamento constitucional; ele não pode ser afetado por qualquer norma que condicione a concessão do direito ao assentimento da União. O procedimento de concessão de patentes é vinculado, e não dá ensejo à manifestação volitiva da ANVISA ou de qualquer ente público. Verificada a existência de novidade, atividade inventiva e utilidade industrial, atendidos os demais requisitos da lei, cumprido o procedimento nela previsto, existe direito subjetivo constitucional na concessão.

Ademais, assevera o referido autor que o dispositivo introduzido, em 2001, na Lei de Propriedade Industrial não encontra amparo no sistema constitucional brasileiro em vigor, já que este não acolhe, no procedimento de concessão de patentes, a manifestação discricionária da administração.

De fato, para compatibilizar a disposição legal com a Constituição de 1988, deve-se interpretar "anuência" como o dever da ANVISA de apenas se pronunciar tecnicamente quanto à patenteabilidade do pro-

duto ou processo, como entidade colaboradora, desprovida, portanto, de poderes discricionários para vetar ou determinar a concessão de uma patente.

Contudo, não é este o tópico que enseja as mais acirradas discussões em se tratando de concessão de patentes para produtos farmacêuticos, mas, sim, a questão da quebra de patentes de medicamentos em casos específicos, como forma de se observar o princípio constitucional da função social.

Ultimamente, muito se tem ponderado acerca da quebra de patentes de alguns medicamentos para o tratamento de doenças graves, abrangendo aspectos econômicos e sociais, sobretudo o baixo poder aquisitivo de grande parte da população e o alto preço dos remédios, o que, em uma análise extremada, redundaria na perda da vida humana, direito fundamental tutelado por nosso ordenamento jurídico.

A esse respeito, Nelson ROSENVALD (2004, p. 41) salienta que os direitos fundamentais à vida e à dignidade humana têm prevalência sobre os derivados das patentes, motivo pelo qual, em um eventual conflito entre eles, deve-se suspender o privilégio em prol da sociedade:

O artigo 5.º, inciso XXIX, da Constituição Federal assegura aos autores de inventos industriais a propriedade das marcas e patentes. Nada obstante, o mesmo inciso ressalva a compatibilização do privilégio com o interesse social do Estado. Assim, apesar de os arts. 40 e 42 da Lei nº 9.279/96 concederem prazo de 20 (vinte) anos de vigência de patente, podendo o seu titular dela usar, gozar, dispor e impedir terceiros de reproduzi-la, certo é que o interesse fundamental à vida e dignidade (v.g., necessidade de medicamento vital) prevalecerá sobre a patente, podendo resultar na suspensão do privilégio.

Entretanto, com isso não se quer dizer que a função social de um bem patenteado esteja inexoravelmente ligada ao acesso rápido e a baixo custo que a sociedade, como um todo, dever ter a ele, independentemente do custo e do tempo gasto no processo de invenção e desenvolvimento do mesmo.

Se assim fosse, chegar-se-ia à conclusão falaciosa de que o inventor tem a obrigação de promover o acesso fácil e barato da população ao respectivo bem, quer esteja ele protegido pelo direito de propriedade industrial, quer não.

Tal interpretação levaria, ainda, à irrestrita defesa da não-patenteabilidade, da desapropriação e do licenciamento compulsório em relação a determinados medicamentos, com base apenas no poder

de compra da parcela menos favorecida da sociedade, sob o argumento de que todos devem ter acesso, indiscriminadamente, a eles.

Realmente, o cumprimento da função social, no que tange às patentes, abarca, como já visto, outros elementos, como a divulgação do conhecimento, o estímulo a novas invenções e a geração de empregos, de modo que o atendimento ao mencionado princípio constitucional não se reduz à não concessão do privilégio ao inventor, nem tampouco ao uso recorrente dos instrumentos da expropriação e da licença compulsória.

Aliás, as citadas medidas de intervenção estatal na propriedade industrial apenas devem ser efetivadas caso não haja alternativa apta a concretizar a função social, uma vez que o uso constante desses recursos pode acarretar o desestímulo à invenção de novos produtos e, até mesmo, a ocultação dos componentes e métodos de produção dos mesmos, prejudicando, assim, a disponibilização de conhecimentos para toda a sociedade.

A proteção à propriedade industrial, frise-se, deve estar pautada pela busca de equilíbrio entre os direitos do inventor, inclusive o de receber uma justa compensação pelo seu esforço, e os direitos da sociedade, que deve ter garantido o acesso à tecnologia e à informação, principalmente aquela ligada a relevantes interesses coletivos, como a saúde e a qualidade de vida das pessoas.

A busca do atendimento ao princípio da função social da propriedade industrial não deve, em razão disso, ser realizada sob ótica excessivamente restritiva, levando-se em conta apenas o baixo poder de compra da população, pois os interesses sociais são muito mais amplos e demandam atuação estatal efetiva para se concretizarem satisfatoriamente.

Nesse cenário, deve o Estado adotar iniciativas no sentido de adquirir e disponibilizar, gratuitamente, certos medicamentos à parcela menos favorecida da população, bem como de sensibilizar os laboratórios internacionais que produzem medicamentos protegidos por patentes no Brasil para que reduzam o preço de venda dos mesmos, diminuindo a margem de lucro auferida.

Ademais, mostra-se imprescindível o combate à prática de excessos na concessão de patentes de produtos farmacêuticos, garantindo-se a realização de exame criterioso dos requisitos legais para a sua concessão, sem o qual há evidente prejuízo aos interesses sociais e, especificamente, à saúde pública, já que o custo final dos medicamentos é elevado sem razões legítimas.

5 Conclusão

O ser humano é titular de direitos fundamentais, dentre eles o direito de propriedade. Em contrapartida, ele se torna responsável pela existência e manutenção da comunidade estatal, responsabilidade esta

que impõe limites àqueles direitos fundamentais e implica a existência de deveres seus visando à consecução dos interesses coletivos.

Ao instituir o direito de propriedade, a Constituição refletiu tanto a face individual quanto a coletiva do instituto, visando compatibilizar a sua função individual com o alcance de fins sociais, de modo que, vista como um direito absoluto, a propriedade em nada contribui para o desenvolvimento social, ao contrário, estimula profundos conflitos entre os homens, decorrentes da insatisfação de suas necessidades materiais e espirituais.

Realmente, é justamente para atender a essas necessidades que o ser humano vive em sociedade, para se valer dos variados bens nela disponíveis, os quais, diversamente das necessidades humanas, são limitados, portanto, insuficientes para a satisfação plena de todos simultaneamente, motivo pelo qual não é possível se admitir que o proprietário empregue seu bem em atenção a fins puramente individuais. Cumpre-lhe, ao contrário, fazê-lo de uma forma útil à sociedade, usando-o como um instrumento de riquezas e visando à felicidade e à dignidade de todos.

Desse modo, até mesmo por necessidade, a propriedade deve ser tida como um direito de seu titular, porém, vinculado a deveres jurídicos perante o corpo social, visando à preservação da sociedade, do homem e do próprio direito de propriedade.

De outra parte, a propriedade foi prevista constitucionalmente de forma ampla, de maneira que abarca não só a propriedade sobre bens materiais, mas, também, a propriedade sobre bens incorpóreos. Estes últimos vinculam-se ao homem por meio da propriedade intelectual, que engloba, dentre outras, a propriedade industrial.

Nessa ordem de idéias, o princípio constitucional da função social irradia efeitos sobre a propriedade industrial, relacionada às produções decorrentes do espírito humano com aplicação na indústria, destacadamente as patentes.

O exercício do direito de patentes deve estar pautado pela busca de equilíbrio entre os direitos do inventor, inclusive o de receber uma justa retribuição pelo seu esforço, e os direitos da sociedade, que deve ter garantido o acesso à tecnologia e à informação, principalmente aquela ligada a relevantes interesses coletivos, como a saúde e o desenvolvimento nacional.

A Lei Brasileira da Propriedade Industrial, ao reconhecer o papel fundamental das patentes no desenvolvimento tecnológico e econômico do País, assegura, aos autores de inventos industriais e de modelos de utilidade com aplicação industrial, o privilégio temporário para a utilização de suas criações, com a percepção dos lucros proporcionados pela proteção patentária, como forma de recompensa pelo resultado da criatividade.

Por outro lado, a referida lei destaca a relevância dos interesses sociais nesse processo e prevê, em seu texto, verdadeiros vínculos do

exercício dos direitos de patentes ao princípio constitucional da função social da propriedade.

Assim, a tutela da propriedade industrial, balizada pelo princípio constitucional da função social, atende tanto aos interesses individuais de seu titular quando aos interesses de toda a sociedade, pois:

Se for certo que tal proteção incentiva a pesquisa e o investimento em novas tecnologias no campo da indústria, já que os titulares das patentes obtêm receita pela exploração de suas obras, e, ainda, permite a disseminação do conhecimento tecnológico e o progresso científico, considerando que as invenções, bem como os processos de obtenção das mesmas são colocados à disposição de toda a população, que deles poderá se servir livremente após caírem em domínio público e, além disso, favorece a geração de novos bens, empregos e riquezas;

Também é certo que fatores sociais podem eventualmente prevalecer sobre essa lógica econômica de se garantir ao inventor de um produto os direitos de sua reprodução e comercialização para que haja o reinvestimento em pesquisa e desenvolvimento de novos produtos, dentre aqueles a grande defasagem tecnológica dos países menos desenvolvidos em relação aos países ricos, o baixo poder de compra da população para adquirir o bem, e, até mesmo, o uso nocivo, a falta ou insuficiência de exploração, o exercício abusivo dos direitos patentários e a comercialização que não satisfaça as necessidades do mercado, o que pode demandar, inclusive, a intervenção estatal por meio de desapropriação ou licenciamento compulsório do objeto da patente.

Notas

- 1 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:(...)
 - II - propriedade privada;
 - III - função social da propriedade; (...)
- 2 Art. 5.º, XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.
- 3 Art. 5.º, XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.
- 4 Lei nº 9.279/96 - Art. 18. Não são patenteáveis:
 - I - o que for contrário à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas;
 - II - as substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico; e
 - III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - no-

vidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no artigo 8º e que não sejam mera descoberta.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.

- 5 Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

§ 1.º Ensejam, igualmente, licença compulsória:

I - a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou

II - a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado.

§ 2.º A licença só poderá ser requerida por pessoa com legítimo interesse e que tenha capacidade técnica e econômica para realizar a exploração eficiente do objeto da patente, que deverá destinar-se, predominantemente, ao mercado interno, extinguindo-se nesse caso a excepcionalidade prevista no inciso I do parágrafo anterior.

§ 3.º No caso de a licença compulsória ser concedida em razão de abuso de poder econômico, ao licenciado, que propõe fabricação local, será garantido um prazo, limitado ao estabelecido no artigo 74, para proceder à importação do objeto da licença, desde que tenha sido colocado no

mercado diretamente pelo titular ou com o seu consentimento.

§ 4.º No caso de importação para exploração de patente e no caso da importação prevista no parágrafo anterior, será igualmente admitida a importação por terceiros de produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto, desde que tenha sido colocado no mercado diretamente pelo titular ou com o seu consentimento.

§ 5.º A licença compulsória de que trata o §1.º somente será requerida após decorridos 3 (três) anos da concessão da patente.

Art. 70. A licença compulsória será ainda concedida quando, cumulativamente, se verificarem as seguintes hipóteses:

I - ficar caracterizada situação de dependência de uma patente em relação a outra;

II - o objeto da patente dependente constituir substancial progresso técnico em relação à patente anterior; e

III - o titular não realizar acordo com o titular da patente dependente para exploração da patente anterior.

§ 1.º Para os fins deste artigo considera-se patente dependente aquela cuja exploração depende obrigatoriamente da utilização do objeto de patente anterior.

§ 2.º Para efeito deste artigo, uma patente de processo poderá ser considerada dependente de patente do produto respectivo, bem como uma patente de produto poderá ser dependente de patente de processo.

§ 3.º O titular da patente licenciada na forma deste artigo terá direito a licença compulsória cruzada da patente dependente.

- 6 Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa ne-

cessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular.

Parágrafo único. O ato de concessão da licença estabelecerá seu prazo de vigência e a possibilidade de prorrogação.

Referências

- BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Compreendendo os novos limites à propriedade: uma análise do artigo 1228 do Código Civil brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, nº 679, 15 maio 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6725>>. Acesso em: 29 maio 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v.2.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v.1.
- DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.1.
- FURTADO, Lucas Rocha. **Sistema de propriedade industrial no direito brasileiro**. 1.ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- GOMES, Orlando. **Direitos reais**. At. Luiz Edson Fachin. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- LOBO, Thomaz Thedim. **Introdução à nova lei de propriedade industrial**. São Paulo: Atlas, 1997.
- MARQUESI, Roberto Wagner. **Direitos reais agrários e função social**. Curitiba: Juruá, 2001.
- MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- PESCE, Ricardo Amaral. **Indivíduo e sociedade na Constituição de 1988**. A propósito do novo código civil e sua socialidade. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, nº 514, 3 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6015>>. Acesso em: 22 out. 2005.

PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito industrial: as funções do direito de patentes**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de código civil**. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, nº 40, mar. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=509>>. Acesso em: 22 out. 2005.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de direito virtual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

SANTOS, José Camacho. **O novo código civil brasileiro em suas coordenadas**

axiológicas: do liberalismo à socialidade. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, nº 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3344>>. Acesso em: 22 out. 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ary. **Função social da propriedade**. In: DALLARI, Adilson Abreu e FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). **Temas de direito urbanístico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

Da regularização do condomínio horizontal constituído em fraude à lei de parcelamento do solo e da averbação de construção excedente e diversa do projeto original

Mauro Antônio Rocha

Advogado da Caixa em São Paulo

RESUMO: O presente trabalho reitera a impossibilidade jurídica da concessão, no âmbito dos sistemas financeiros existentes, de financiamento para a construção de imóvel sobre fração ideal de terreno em condomínio horizontal instituído em fraude à legislação vigente, examina a regularização fundiária autorizada aos adquirentes através do Provimento nº 10/2004 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo e analisa as disposições relativas ao reconhecimento dos denominados condomínios urbanísticos contidas no Projeto de Lei nº 3957/2000, em contraponto com as razões e fundamentos jurídicos de sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito e Corregedor Permanente das Serventias Extrajudiciais de Registro de Imóveis de Campinas (SP), que declarou, em caráter normativo, alguns procedimentos a serem adotados naquela Comarca para o caso de registro de incorporação de novos condomínios horizontais e de averbação de modificação no projeto original das unidades residenciais autônomas, com aumento ou redução de área construída.

Palavras-chave: Regularização fundiária. Parcelamento do solo. Condomínios urbanísticos. Flexibilização.

1 Introdução

No início de 2005 publicamos artigo¹ discorrendo sobre a impossibilidade jurídica da concessão, no âmbito do SFH e do SFI, de financiamento destinado à construção de imóvel em 'lote' que, embora especializado, qualificado e numerado é constituído por fração ideal de área maior, em 'condomínio horizontal de lotes', instituído em fraude à legislação disciplinadora do parcelamento do solo. Essa impossibilidade

foi justificada pela inafastável ilegalidade do parcelamento e conseqüente fragilização da garantia da operação e, dentre outras razões de caráter legal e operacional, por ser a Caixa Econômica Federal integrante da Coordenação Executiva do Conselho das Cidades do Ministério das Cidades, não devendo participar direta ou indiretamente de operações que impliquem na violação das normas urbanísticas vigentes, sob pena de desviar-se de sua função institucional.

Referido artigo foi integrado ao material utilizado para debate e discussão² no Seminário de Regularização Fundiária Urbana - Parcelamentos e Condomínios Edifícios, realizado naquele ano, promovido pelo Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, Ministério Público e Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo e obteve manifestação favorável do Ministério das Cidades.

No Estado de São Paulo, tais condomínios irregulares, disseminados pelo reiterado descumprimento das exigências legais requeridas para a implantação de loteamentos e desmembramentos, que tinham situação consolidada e comprovada pela existência de registros de venda ou de promessa de venda de fração ideal lançados antes de 8 de junho de 2001 na matrícula imobiliária correspondente e que atendiam aos demais requisitos impostos, puderam ser regularizados pelos adquirentes das frações ideais, na forma proposta pelo Provimento nº 10/2004³ da Corregedoria Geral de Justiça, sem que isso implicasse na isenção das responsabilidades civis e criminais do incorporador ou loteador. A data referida remete à publicação da decisão normativa prolatada no processo CG nº 2.588/2000⁴, que tornou clara a inadmissibilidade de registro de título de alienação voluntária deste tipo de fração ideal.

Atualmente, os interessados trabalham para que esse 'condomínio horizontal de lotes' seja reconhecido como forma de parcelamento do solo para fins urbanos, conforme já previsto na autodenominada Lei da Responsabilidade Territorial Urbana, que "dispõe sobre o parcelamento do solo para fins urbanos e sobre a regularização fundiária sustentável de áreas urbanas" - Projeto de Lei nº 3.057 de 2.000, aprovado na Comissão de Desenvolvimento Urbano da Câmara dos Deputados, na qual recebeu a denominação de "condomínio urbanístico" e o seguinte tratamento:

*Art. 3º. Para os efeitos desta Lei, consideram-se:
(...)*

VIII - unidade autônoma: a unidade imobiliária destinada à edificação resultante de condomínio urbanístico; (...)

XII - condomínio urbanístico: a divisão de imóvel em unidades autônomas destinadas à edificação, às quais correspondem frações ideais das áreas de uso comum dos condôminos, sendo admitida a abertura de vias de domínio privado e vedada a

de logradouros públicos internamente ao perímetro do condomínio;

Além de reconhecer essa forma de parcelamento do solo, o projeto de lei admite a regularização, adaptação e transformação do "condomínio horizontal de lotes" irregularmente instituído no "condomínio urbanístico" ali introduzido, nos seguintes termos:

Art. 136. Os condomínios civis cujos moradores sejam proprietários de frações ideais do terreno, mas exerçam posses localizadas, podem, por decisão de dois terços dos proprietários das frações, transforma-las em condomínios urbanísticos, observado o disposto nesta Lei.

§ 1º Os clubes de campo que, de fato, pelas características de ocupação, sejam parcelamentos do solo para fins urbanos, podem ser regularizados na forma do caput, com a extinção da associação proprietária do terreno e transferência aos sócios cotistas das frações ideais do terreno.

Em recente sentença⁵ prolatada nos autos de pedido de providências⁶ o MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível e Corregedor Permanente das Serventias Extrajudiciais de Registro de Imóveis de Campinas (SP) declarou, em caráter normativo, os seguintes procedimentos a serem adotados pelas serventias daquela Comarca para o caso de registro de incorporação de novos condomínios horizontais e de averbação da modificação no projeto original das unidades residenciais autônomas, com aumento ou redução de área construída:

(a) não há impedimento ao registro de incorporação, sob a forma de condomínio especial, com frações ideais calculadas em relação à área de terreno de uso exclusivo;

(b) não há impedimento ao registro de incorporação, sob a forma de condomínio especial, com frações ideais calculadas em relação à área construída, sob a égide da Lei nº 4.591/64, quando a convenção condominial expressamente dispensar a anuência dos condôminos para a construção diversa da constante no projeto original;

(c) não há impedimento à averbação de modificação ou construção diversa do projeto original, nos condomínios de casas instituídos com frações ideais calculadas em relação à área do terreno de uso exclusivo, sem a anuência da unanimidade dos

condôminos e sem necessidade de que se altere além das frações ideais, a incorporação e a instituição, que deverão permanecer intocadas;

(d) no condomínio especial com frações ideais calculadas em relação à área construída, para a averbação de modificação ou construção diversa do projeto original, que resulte em alteração nas demais partes ideais, deve ser exigida a concomitante averbação da modificação do projeto do empreendimento com a conseqüente alteração na proporção daquelas frações, mesmo quando houver dispositivo convencional de dispensa da anuência unânime;

(e) será negado o registro de incorporação, sob forma de condomínio especial com frações ideais calculadas em relação à área construída, quando omissa a convenção condominial sobre o quorum necessário para a anuência à modificação ou construção diversa da constante no projeto original;

(f) será negado o registro de incorporação que apresente unidades autônomas com área construída inferior a um quinto da área do terreno.

A r. decisão comentada, proferida em pedido de providências e, portanto, destinada a aplicar o Direito, amparar e regularizar situações de fato, merece ser louvada pelo enfrentamento das questões submetidas à consulta, bem como pela coragem de definir posicionamento sobre assunto que é objeto de debate doutrinário intenso e contínuo e de pouco consenso. No entanto, podemos inferir que os procedimentos propostos, ao tempo em que se alinham ao projeto de lei mencionado, numa clara tendência de absorção da irregularidade, regularização e ajuste desses empreendimentos marginais à legislação de regência, se distanciam da legislação ainda vigente e desconsideram o caráter de regularização fundiária coletiva adotado pelo mencionado provimento.

Por conta disso, tem sido apresentada como unguento universal para todos os males dos condomínios horizontais, panacéia utilizada como instrumento possibilitador de regularização fundiária, de legalização dos empreendimentos e, até mesmo, como fonte originária de direitos para os condôminos proprietários.

2 Do processo e da manifestação dos demais registradores

O processo foi instaurado a requerimento do Oficial do Primeiro Registro de Imóveis de Campinas que informou existirem naquela

serventia vários condomínios de casas com frações ideais calculadas de forma proporcional à área do terreno de uso exclusivo sem considerar a área construída e que o oficial anterior adotara o procedimento de dispensar a autorização dos condôminos para averbar a alteração do projeto de unidades residenciais integrantes dos empreendimentos, além da conseqüente modificação do memorial de incorporação e da instituição do condomínio, bem como o de proceder à instituição condominial já na primeira averbação de construção, contrariando a regra comum que manda efetuar instituições parciais até a conclusão da totalidade das casas.

Discordando desses procedimentos e fundamentado em entendimento dominante no Conselho Superior de Magistratura, o Consulente passou a exigir a apuração da fração ideal em função da área construída, a anuência dos demais condôminos para a averbação de alteração no projeto das unidades residenciais, bem como, os correspondentes ajustes nas frações ideais das demais unidades, na incorporação e na instituição condominial.

O rigor das exigências trouxe ao lume a fragilidade desse modelo de propriedade compartilhada, demonstrando as "*quase intransponíveis dificuldades práticas para a adoção da tese*", por força da impossibilidade do cumprimento pelos interessados, quer pela dificuldade na localização, quer pela eventual discordância dos condôminos, além da relativa complexidade e onerosidade do procedimento de ajustes. Isso tudo forçou o i. Registrador a buscar a manifestação judicial para que fosse dito, em caráter normativo, o melhor direito aplicável à situação.

Para tanto, formulou e submeteu ao Juízo as seguintes indagações:

1. Para os empreendimentos já instituídos, em que a fração ideal foi calculada sem se levar em conta a área construída, há possibilidade de proceder a averbações de construções (ou de seu aumento ou demolição) sem a alteração das frações ideais e sem a anuência da unanimidade dos condôminos? Em outras palavras, faz-se necessário modificar as frações ideais com a alteração da incorporação ou instituição e averbação das modificações em todas as unidades do condomínio, embora o cálculo das frações ideais tenha originalmente sido feito apenas em função da área do terreno de uso exclusivo?
2. Há possibilidade de proceder a registros de incorporação de novos empreendimentos sob a forma de condomínios especiais, aprovados pela Municipalidade, com previsão de construção cujas frações ideais não tenham relação com a área construída, sendo calculadas apenas em relação à área de uso exclusivo?
3. Há possibilidade de se proceder a registros de incorporação de novos empreendimentos sob a forma de condomínios especiais, com fração ideal proporcional à área construída, mediante a observância dos requisitos exigidos pela Lei 4.591/64, mas com

previsão na convenção de condomínio da dispensa da anuência da unanimidade dos condôminos para futuras alterações?

4. Devem ser recusadas incorporações cujas construções aprovadas pela Prefeitura sejam de tamanho reduzido (por exemplo, se a área da construção for menor do que um quinto do terreno de uso exclusivo)?

A rigor, apenas a primeira questão é decorrente das razões aduzidas pelo i. Registrador e se refere às situações de fato relatadas naquela consulta. Todas as demais tratam de situações hipotéticas e denotam o objetivo de obter regramento excepcional para situações futuras sujeitas à legislação ordinária.

Manifestaram-se nos autos todos os demais Registradores de Imóveis de Campinas.

De acordo com o titular do Segundo Ofício de Registro nota-se, com referência aos condomínios edificados em plano horizontal, *"que desde a aprovação do empreendimento na Prefeitura Municipal é público e notório que não se trata de projeto definitivo, visto que, as reduzidas edificações com áreas mínimas representadas por edículas, serão objeto de novos projetos substitutivos, individuais que vão atender os interesses dos futuros proprietários"*.

Ainda conforme o Oficial,

as áreas de uso comum, necessariamente, deverão ser proporcionais ao tamanho dos terrenos e não em função das edificações, elas deverão ser estabelecidas por ocasião da aprovação do projeto inicial e não mais serão alteradas em função das novas edificações, mesmo porque, não existe legislação que determina que as áreas de uso comum sejam estabelecidas em função das áreas construídas. Adotando-se o critério de apuração da área de uso comum, em função do tamanho do terreno, aplica-se um critério de fácil aferição, equitativo e imutável, evitando destarte divergência futura entre condôminos que sempre terminam em desnecessárias demandas judiciais.

Concluiu ser favorável a uma nova normatização da matéria que estabeleça *"regras mais rígidas, para coibir certos abusos impostos pelos empreendedores que servem-se de expedientes que pretendem burlar as leis, visando apenas lucros, incentivando a especulação imobiliária"* e afirmou que *"encontram-se nos presentes autos exemplos de verdadeiros crimes contra a administração pública, com o aval dos próprios órgãos municipais"*.

Com o objetivo de reduzir ou evitar esses abusos, sugere o i. Registrador a limitação do *"número de unidades autônomas nos empreendi-*

mentos pelo sistema de construção em planos horizontais"; que as convenções condominiais "estabeleçam normas mais abrangentes sobre os direitos e obrigações dos condôminos" e o estabelecimento de prazo certo, após a carência, para que a instituição e convenção de condomínio sejam efetivadas "com a abertura das matrículas autônomas de cada imóvel, para a averbação das futuras edificações".

O Oficial do Terceiro Registro informou não haver naquela serventia registro de condomínio nas condições ali tratadas, anotando, apenas, o registro de condomínios de casas de baixo padrão que ocupam a quase totalidade do terreno de uso exclusivo e que

no que se refere à fração ideal de cada condômino, ela é calculada proporcionalmente à área de terreno de uso exclusivo de cada unidade autônoma, estabelecida por ocasião da aprovação do projeto e não mais alterada em função de eventuais modificações nas edificações. Exige-se, outrossim, a anuência da unanimidade dos condôminos, no caso de eventual alteração, tendo em vista àquela construída do condomínio, conforme determina o item 74 das Normas de Serviço da E. Corregedoria Geral da Justiça.

Informou, também, que os casos existentes naquela serventia referem-se à instituição de condomínio com a averbação de todas as unidades, ou, somente com o registro da incorporação, "não havendo caso de averbação de alteração ou instituição parcial do condomínio" e manifestou-se favorável à "previsão na convenção de condomínio, da dispensa da anuência da unanimidade dos condôminos, para futuras alterações, que impliquem somente nas alterações das áreas autônomas".

A Registradora titular do Quarto Ofício disse entender "não haver óbice em que as frações ideais vinculadas às unidades autônomas sejam calculadas em relação à área do terreno de uso exclusivo". Disse, em seguida, que "a importância da quota-parte ideal de cada condômino se explica por serem feitos, na proporção desta, o rateio das despesas comuns e a contagem dos votos em assembléia geral", ressaltando a existência de pelo menos dois critérios para o cálculo: "(1) a área construída privativa de cada unidade autônoma e (2) a área de uso exclusivo/privativo do terreno de cada unidade autônoma (critério passível de utilização apenas nos condomínios de casas)".

Sobre a necessidade de recálculo das frações ideais quando da averbação de construção diversa daquela incorporada, afirmou competir ao incorporador, construtora ou proprietário requerer o registro da instituição da edificação,

ato contínuo à averbação da construção", que marca o início da existência jurídica das unidades autônomas, "com abertura de matrículas próprias - que deixam de ser meras frações ideais do todo. Nos chamados condomínios de casas, é admitida a figura da instituição parcial, haja vista que a construção das diversas casas dificilmente é concluída ao mesmo tempo. Desta forma, a concessão do 'habite-se' de cada uma das casas, autoriza seu proprietário a requerer a instituição parcial do condomínio, isto é, apenas em relação à sua unidade autônoma.

E concluiu a i. Registradora afirmando *"que a averbação de construção diversa daquela constante no projeto de incorporação (por ocasião do registro da instituição parcial de alguma das casas) prescinde da alteração das frações ideais referentes às demais unidades autônomas, sempre que estas tenham sido calculadas em relação à área de terreno de uso exclusivo"*.

Entende que, havendo autorização convencional expressa de dispensa da anuência dos demais condôminos para a averbação de construção diversa não haverá dúvida, *"seja qual for o critério escolhido para o cálculo das frações ideais"*, uma vez que a convenção de condomínio fixa os direitos e deveres dos condôminos, *"sendo disponível a faculdade de anuir na alteração do projeto de construção das unidades autônomas alheias e não tendo a LCI ou o Código Civil fixado quorum para esta aprovação"*.

Sendo omissa a convenção, oferece a i. Registradora *"duas soluções diversas, igualmente defensáveis e fundamentadas"*. A primeira reconhece que *"a alteração efetuada dentro da área de uso exclusivo de cada unidade autônoma, independe da anuência dos demais condôminos, caso as frações ideais tenham sido calculadas em relação à área de uso exclusivo de cada unidade autônoma"*. A segunda considera que *"a alteração do projeto de construção, arquivado quando do registro da incorporação, dependerá da anuência da unanimidade dos condôminos, mesmo que não implique na alteração das frações ideais"*, por caracterizar modificação no plano original da incorporação.

Finalmente, com relação ao registro de incorporação com construções de tamanho reduzido, entende a i. Registradora que *"não obstante seja possível interpretar esses casos como tentativas de burlar este dispositivo legal, é preciso reconhecer que não há vedação legal a este procedimento, uma vez que a LCI não prevê área mínima de construção e que estas edificações aprovadas respeitam os padrões, ainda que mínimos, estabelecidos pela legislação municipal para as construções residenciais"* e concorda em limitar a área construída ao mínimo de 1/5 da área de uso exclusivo, entendendo ser *"critério bastante ao menos para impedir*

as situações mais aberrantes". Ressalva, contudo, "que o critério eventualmente estabelecido não pode ser considerado absoluto, podendo ser afastado pelo Registrador Imobiliário quando as circunstâncias do caso concreto demonstrarem sua inadequação - como na hipótese dos terrenos de uso exclusivo serem de grandes dimensões, como por exemplo, de 5 mil m² ...".

A requerimento do Consulente, foi cientificado também o Ministério Público do Estado de São Paulo, tendo o D. Promotor de Justiça se manifestado nos seguintes termos:

Para os empreendimentos já instituídos em que a fração ideal foi calculada sem levar em conta a área construída, mas sim calculadas em relação à área do terreno exclusivo, creio que não há óbice nenhum a impedir que sejam averbadas eventuais modificações das construções com aumento ou diminuição de tamanho.

Veja-se que, nesta hipótese, como a parte ideal foi calculada com base na área do terreno ocupado pela construção, a modificação desta última não ensejará qualquer espécie de agressão ao direito do condômino, já que o rateio das despesas comuns e o direito de voto é calculado com base nesta parte ideal representada pela área de seu terreno, a qual, "não foi modificada".

Sobre a possibilidade de registro de novos empreendimentos com frações ideais calculadas em relação à área de uso exclusivo da unidade autônoma, sustentou o D. Promotor de Justiça que a Lei nº 4.591/64 está desatualizada e "sequer foi criada para regulamentar condomínios horizontais ou de casas" e que, por isso, "criou-se um vácuo legal que não regra as hipóteses de comércio de residências que é hoje o mais intenso e de desejo público, que é a casa em condomínio". E continua,

de outro lado, o que se busca, até ante a dificuldade financeira por que passa o mercado, é a aquisição de uma casa em condomínio para, no futuro e com a injeção de mais capital, poder ir ampliando-a a fim de satisfazer o lazer familiar. Ora, se a cada alteração em uma destas residências, se obrigasse o condômino a conseguir a unanimidade da concordância dos demais condôminos, estar-se-ia a, praticamente, impedi-lo de conseguir seu intento, eis que uma dissensão, uma sequer, arruinaria seu sonho.

Quanto à terceira indagação do i. Registrador, o D. Promotor de Justiça afirmou não vislumbrar "nenhum impedimento a permitir que

se proceda ao registro de incorporação de novos empreendimentos sob a forma de condomínios especiais, com fração ideal proporcional à área construída, mediante os requisitos da lei 4.591/64".

Antevê, porém, duas situações. Na primeira:

se a convenção de condomínio prever, expressamente a dispensa da anuência da unanimidade dos condôminos para futuras alterações na residência, é claro que o interessado poderá modificar sua residência sem ter de obter esta anuência. Entretanto, ainda assim, acaba ele por gerar modificação na situação das partes ideais de todo o empreendimento (eis que calculadas com base na área construída). Deste modo, embora estivesse livre de ter de obter a anuência da totalidade dos condôminos, caberia ao interessado averbar a modificação do projeto do empreendimento, com a conseqüente alteração na proporção das frações ideais.

Noutra, sendo omissa a convenção sobre este quorum, "a melhor solução seria a denegar o seu registro, a fim de que os condôminos deliberassem sobre o quorum necessário para que se viabilizasse a alteração nas casas, ou mesmo, dispensasse esta anuência", ainda assim, "o projeto teria de ser refeito e novamente averbado com o recálculo das partes ideais (que foram calculadas com base na área construída)".

Finalmente, entende o D. Promotor de Justiça que "o critério de um quinto de área construída para a área do terreno é razoável, devendo ser negado acesso ao registro de incorporações de tamanho inferior a esta proporção".

3 Considerações gerais

De fato, o condomínio horizontal é gênero do qual decorrem pelo menos duas espécies que merecem tratamentos diferenciados.

A primeira delas, o condomínio de casas, é aquela na qual o condômino adquire uma unidade residencial autônoma e definida, construída ou em construção, com ou sem área de utilização exclusiva, que, formando um conjunto com as áreas de uso comum e com as demais unidades projetadas ocupa todo o terreno disponível ao empreendimento, sendo a fração ideal de cada uma dessas unidades calculada proporcionalmente às partes de propriedade exclusiva e comum atribuídas à unidade.

Esta espécie abrange os condomínios de casas geminadas, térreas ou assobradadas, principalmente. Aqui, a importância da fração ideal é

limitada à atribuição de propriedade e à apuração da participação no rateio das despesas condominiais ordinárias.

O atual Código Civil⁷ trouxe dispositivo determinando o cálculo da fração ideal no solo e nas outras partes comuns de forma proporcional ao valor da unidade imobiliária em relação ao conjunto da edificação. Essa determinação, contudo, foi afastada pela Lei nº 10.931/04, que, sem excluir essa possibilidade, dispôs apenas que *"a cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma fração ideal no solo e nas outras partes comuns, que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio"*⁸. Na verdade, não há qualquer utilidade econômica ou jurídica na adoção daquela modalidade de apuração da fração ideal.

A segunda espécie, conhecida como "condomínio horizontal de lotes" é aquela na qual o condômino adquire uma parcela do terreno do empreendimento condominial, com o objetivo de nele construir uma residência, por sua conta e risco e de acordo com seus interesses pessoais e familiares, sem qualquer correspondência com o preexistente projeto de construção aprovado pelas autoridades competentes. Em alguns desses empreendimentos, às parcelas de terreno negociadas são incorporadas unidades autônomas com áreas de construção reduzidas, efetivamente construídas e averbadas nas respectivas matrículas.

Essas parcelas, constituídas por frações ideais de área maior, se apresentem especializadas, qualificadas e numeradas, evidenciando a fraude à legislação disciplinadora do parcelamento do solo.

Aqui a fração ideal de cada unidade autônoma tem especial importância para o condômino, uma vez que, para além de atribuir a propriedade da fração condominial, assegura a posse e autoriza o pleno exercício das faculdades de usar, gozar e dispor de parte determinada e delimitada do terreno, inclusive o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha e pode ser calculada tanto de forma proporcional à área de terreno, quanto à área da construção projetada.

De início, ao declarar em caráter normativo não haver óbice algum que possa impedir sejam averbadas eventuais modificações das construções sem a anuência da unanimidade dos condôminos, *"no caso dos empreendimentos já instituídos de condomínios de casas, em que a fração ideal foi calculada sem levar em conta a área construída, mas sim em relação à área do terreno de uso exclusivo"*, o MM. Juiz de Direito adentra o campo das relações condominiais privadas, para criar mais um fator de discórdia na tormentosa convivência comunitária e para autorizar, ainda que indiretamente, a realização de modificações, ampliações e reformas nas unidades residenciais, ao arremedo das determinações legais e convencionais.

Isso porque a exigência legal da autorização unânime dos condôminos para que o interessado altere o projeto original da unidade

residencial de sua propriedade, com aumento ou diminuição da área construída, é condição essencial para o início e consecução das obras, portanto, providência necessária e obrigatoriamente anterior ao requerimento da averbação. Ainda que a hipótese cuide da averbação de obra pronta, a dispensa normativa da anuência fere de morte o direito dos outros condôminos, como se a prontidão da obra compreendesse uma tácita anuência, suficiente para impedir a insurgência dos interessados contra o ato registral.

Incorre, s.m.j., em semelhante equívoco a parte da r. sentença que determina a negativa de registro *"quando a convenção de condomínio for omissa"* a fim de que *"os condôminos deliberem sobre o quorum necessário para que se viabilize a alteração nas casas ou mesmo seja dispensada a anuência."*

Parece-nos que, por exigência legal, a anuência da unanimidade dos condôminos para aprovar a alteração do projeto original é a regra. Eventual dispositivo convencional que estipule a dispensa da anuência ou quorum diferente para essa aprovação é a exceção.

Assim, na hipótese, sendo omissa a convenção de condomínio aplicar-se-á o dispositivo que determina a anuência unânime, não havendo justificativa legal para *"negar-se o seu registro, a fim de que os condôminos deliberem sobre o quorum necessário para que se viabilize a alteração nas casas ou mesmo seja dispensada a anuência"*.

Ressaltamos, também, a excessiva simplificação no tratamento das relações condominiais, limitando-as aos seus caracteres utilitários - *rateio de despesa e direito de voto*. Talvez por isso, o MM. Juiz de Direito tenha assumido *'ipsis verbis'* a manifestação do D. Promotor de Justiça e afirmado que *"o rateio das despesas comuns e o direito de voto são calculados com base nesta parte ideal representada pela área do terreno, que não foi modificada"* e, portanto, *"não há necessidade de que se altere além das frações ideais, a incorporação e a instituição, que deverão permanecer intocadas"*.

Ocorre que, no sistema vigente, ainda regulado pela Lei nº 4.591/64 e pelo Código Civil, a eventual alteração do projeto de construção de uma unidade autônoma que aumente a taxa de ocupação da área de uso exclusivo afeta a fração ideal do condômino interessado e a todas as demais frações ideais do empreendimento, mesmo quando essas frações ideais tenham sido calculadas em relação à área de uso exclusivo do terreno.

O condomínio horizontal está regulado pela Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, da seguinte forma:

Art. 8º. Quando, em terreno onde não houver edificação, o proprietário, o promitente comprador, o cessionário deste ou o promitente cessionário sobre ele desejar erigir mais de uma edificação, observar-se-á também o seguinte:

a) em relação às unidades autônomas que se constituírem em casas térreas ou assobradadas, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação e também aquela eventualmente reservada como de utilização exclusiva dessas casas, como jardim e quintal, bem assim a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns, que corresponderá às unidades; (...)

O artigo 1.331 do Código Civil dispõe, igualmente, "*pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos*".

Não há dúvida de que somente a parte do terreno ocupada pela edificação constitui propriedade exclusiva do adquirente da unidade autônoma e que toda a parte excedente, ainda que delimitada e determinada para sua utilização exclusiva constitui propriedade comum dos condôminos.

Está claro que, ao acrescer área construída o condômino interessado ocupará propriedade comum, ainda que de utilização exclusiva, alterando, dessa forma, todas as frações ideais restantes, com grave violação dos direitos dos demais condôminos.

Com relação ao quorum de dois terços exigido para a realização de obras nas partes comuns do condomínio, basta argumentar que tais obras são de interesse comum, que beneficiarão ou prejudicarão a todos os condôminos, de idêntica forma e, por isso, dispensam a unanimidade. De outro lado, a modificação da unidade autônoma é de interesse individual e beneficiará exclusivamente ao interessado, podendo causar prejuízo a todos os demais condôminos, em maior ou menor intensidade, somente para parte deles, ou apenas para alguns, razão por que a eventual redução do quorum de deliberação poderá implicar, também aqui, grave violação dos direitos destes últimos.

A título de exemplo, tomemos um condomínio cujo plano urbanístico inicial tenha previsto a construção de casas térreas com vista permanente para uma área comum de preservação florestal. A alteração do projeto original, com a transformação de uma dessas casas térreas em casa assobradada, prejudicará o aproveitamento dessa vista permanente pelas unidades autônomas circunvizinhas, violando direitos dos condôminos prejudicados. No mais das vezes, contudo, em nada incomodará os proprietários de outras unidades. Portanto, a adoção de quorum deliberativo menor que a unanimidade para anuir com a modificação impossibilitará que os condôminos efetivamente prejudicados façam valer seus direitos.

Neste caso, entendemos que o aproveitamento ou ocupação exagerada da área de utilização exclusiva, ainda que vigente disposição normativa que dispense a anuência ou admita quorum reduzido de de-

liberação, pode ensejar violação ao direito dos demais condôminos, que poderão valer-se das normas relativas ao direito de vizinhança para impedir que a violação se concretize.

Concordamos que o cálculo das frações ideais de cada unidade autônoma em relação à área de terreno de uso exclusivo do condômino efetivamente "*condiz muito mais com a realidade atual do que a outra forma de cálculo (levando-se em conta a área construída)*" e permite a modificação do projeto original sem qualquer repercussão em relação às demais frações ideais, incorporação e instituição condominial, desde que observados alguns cuidados na elaboração das especificações e convenções condominiais, tais como a determinação precisa do coeficiente de aproveitamento e da taxa de ocupação máximos permitidos para a unidade autônoma (expressão aqui utilizada para designar a unidade imobiliária destinada à edificação).

Finalmente, ao decidir em caráter normativo, "*que o critério de 1/5 (um quinto) de área construída para a área do terreno se mostra razoável, devendo ser negado acesso ao registro de incorporações de tamanho inferior a esta proporção*" a r. sentença assume inadmissível caráter legislativo.

É evidente que a irregularidade não decorre do projeto ou da construção de unidades autônomas com ocupação inferior a vinte por cento da área de uso exclusivo e, sim, da intenção de fraudar, de ofender a norma de ordem pública mediante simulação, revelada ou evidenciada na análise dos elementos registrários.

Demais, não há impedimento legal para que o incorporador projete, construa ou comercialize unidades residenciais, completas ou parciais, com ocupação inferior a vinte por cento da área de uso exclusivo. A Lei nº 4.591/64 não dispõe sobre área mínima de construção para a unidade autônoma.

Neste caso, portanto, melhor que a determinação normativa de negar-se o registro seria manter a estrita observância do disposto no Acórdão prolatado pelo Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, na Apelação Cível nº 72.365-0/7, também com força normativa⁹, que assim dispõe:

A qualificação registrária não é um simples processo mecânico, chancelador dos atos já praticados, mas parte, isso sim, de uma análise lógica, voltada para a perquirição da compatibilidade entre os assentamentos registrários e os títulos causais (judiciais ou extrajudiciais) sempre feita à luz das normas cogentes em vigor, o que autoriza e impõe a recusa do registro sempre que o oficial registrador verifique, em face da análise de elementos registrários, entendidos como tais os da-

dos constantes das matrículas e revelem a evidência de parcelamento irregular do solo, a existência de fraude e de ofensa à legislação cogente.

4 Conclusão

Com o pressuposto de que o PL nº 3.057/2000 será aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República, mantidas suas linhas gerais naquilo que diz respeito aos condomínios urbanísticos, os proprietários das frações ideais de condomínio irregularmente constituído, poderão, por decisão de dois terços dos condôminos, regularizar a questão fundiária, transformando-o em condomínio urbanístico e, dessa forma, transmutando cada um dos 'lotes' em unidades autônomas.

Faltam no projeto de lei dispositivos de regularização das construções erguidas sobre essas unidades condominiais. Neste ponto, enviamos ao Relator do projeto, Deputado Federal José Eduardo Cardozo mensagem sugerindo a inclusão de alguns parágrafos ao artigo 136 do Projeto de Lei:

§ 3º Após a transformação dos condomínios de que trata este artigo em condomínios urbanísticos as frações ideais de terreno de que tratam o 'caput' serão consideradas unidades autônomas, para todos os efeitos legais.

§ 4º As construções regulares existentes nessas unidades autônomas serão averbadas nas respectivas matrículas imobiliárias mediante simples requerimento do interessado, sempre que a convenção condominial dispuser expressamente sobre a dispensa da anuência dos demais condôminos, não importando em qualquer modificação na incorporação, na instituição condominial ou nas frações ideais do condomínio urbanístico;

§ 5º Nos condomínios em que a convenção for omissa ou dispuser sobre quorum diferente para a anuência, a averbação se fará:

I - por requerimento do interessado, acompanhado da ata de assembléia geral que autorizou a construção, obedecido o quorum previsto na convenção condominial;

II - na hipótese de impossibilidade da obtenção da anuência segundo o quorum previsto na convenção condominial, o interessado apresentará requerimento, acompanhado de declaração de anuência

firmada pelos proprietários das unidades autônomas confrontantes, pelos proprietários das unidades autônomas confrontantes destas, pelo proprietário da unidade autônoma localizada imediatamente defronte à do requerente e pelos proprietários das unidades autônomas à esquerda e à direita desta, se houverem, além da minuta de edital para publicação no Diário Oficial ou outro jornal de grande circulação na região, por três dias consecutivos, dando ciência do requerido e estipulando o prazo de 15 (quinze) dias para a apresentação de impugnações.

Conforme bem decidiu o MM. Juiz de Direito, "o registro de novas incorporações, sob a forma de condomínios especiais, em que as frações ideais pertencentes a cada condômino são calculadas em relação à área de terreno de uso exclusivo, condiz muito mais com a realidade atual do que a outra forma de cálculo (levando-se em conta a área construída)".

Além de inexistir óbice legal à sua adoção, essa forma de cálculo da fração ideal de cada um dos condôminos poderá permitir a modificação e alteração de área construída sem qualquer tipo de repercussão em relação às frações ideais, incorporação e instituição condominial, desde que observadas restrições legais, contratuais e convencionais acerca do aproveitamento e ocupação da unidade autônoma.

Aqui, também sugerimos ao Relator a inclusão do item V ao artigo 10 do projeto de lei:

V - observado o disposto no 'caput', o contrato e a convenção dos condomínios urbanísticos deverão dispor expressamente sobre o coeficiente de aproveitamento e taxa de ocupação máximos admitidos para construção nas unidades autônomas.

Finalmente, discordamos da fundamentação adotada pelo D. Promotor de Justiça e encampada pelo MM. Juiz de Direito, no sentido de que a Lei nº 4.591/64 "não somente desatualizou-se, mas sequer foi criada para regulamentar condomínios horizontais ou de casas" ("criando um vácuo legal que não regra as hipóteses de comércio de residências que é hoje o mais intenso e de desejo público, que é a casa em condomínio" no dizer do D. Promotor). Neste ponto, ficamos com a opinião do legislador que, no projeto de lei referido que se dispõe a regularizar esses condomínios especiais e irregulares, remete as relações condominiais à norma desdenhada e ao Código Civil:

Art. 155. As relações entre os condôminos do condomínio urbanístico, regulam-se pelas disposições da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e pelo Código Civil Brasileiro.

Notas

- 1 A (im) possibilidade de concessão de financiamento para a construção de imóvel residencial em condomínio loteado, no âmbito do SFH e do SFI, Boletim IRIB nº 1620, 16/03/2005.
- 2 <<http://www.forumcondominios.com.br/textos.htm>>
- 3 Provimento CGJ nº 10/2004, 27/04/2004, DOE 29/04/2004.
- 4 Decisão normativa proferida no Processo CG nº 2.588/2000, publicada no DOE de 08/06/2001.
- 5 Campinas, 08 de agosto de 2005.
- 6 Processado sob o nº 44/2004.
- 7 Lei nº 10.406/2002
- 8 CC, artigo 1331, § 3º.
- 9 Regularização Fundiária. Decisões e normas da E. Corregedoria-Geral da Justiça de SP, Dr. José Marcelo Tossi Silva.

Contratos bancários eletrônicos

Julio Cezar Hoffman

Advogado da Caixa em Alagoas

Pós-graduado em Direito Empresarial pela UFPB

Pós-graduando em Direito Civil pela SEUNE

Conselheiro da OAB/AL

Professor na FEJAL/CESMAC/CCJUR

RESUMO: O objeto do presente estudo é a análise, à luz da legislação em vigor, em especial da novel normatização introduzida pelo Código Civil vigente, bem como dos estudos doutrinários e da interpretação jurisprudencial, acerca da validade dos contratos eletrônicos, em especial daqueles de natureza bancária. Para tanto, são analisados os preceitos concernentes à formação e à validade dos contratos em geral, para em seguida ser feita uma abordagem das principais características dos contratos bancários. Em seguida é procedida a análise dos principais aspectos que envolvem os contratos eletrônicos, e para finalizar é feito um estudo acerca da posição dos contratos bancários eletrônicos à luz dos preceitos concernentes a todos os tópicos anteriormente examinados.

Palavras-chaves: Contratos Bancários Eletrônicos.

1 Introdução

O comércio atuou ao longo da história como o combustível essencial que impulsionou o homem a desafiar o desconhecido em busca de novas oportunidades de expansão. Não foram poucas as guerras que se travaram pelo domínio de rotas comerciais e pelo monopólio de determinados produtos.

Hodiernamente, a importância do domínio das rotas comerciais tradicionais vem perdendo fôlego para os novos meios de comércio, calçados, sobretudo, no avanço da tecnologia das telecomunicações, trazendo a reboque toda uma infra-estrutura de novas modalidades de oferta e procura de produtos e serviços, que não mais se detêm pelas tradicionais fronteiras políticas, físicas ou geográficas, tudo dentro de um contexto maior de aproximação dos mercados, que se convencionou chamar de globalização.

Nesse contexto, inúmeros institutos de direito precisam ser reinventados ou quando não revisitados com o desiderato de se adapta-

rem à evolução alucinante da dinâmica da sociedade moderna, sob pena de caducarem. Com o surgimento de novas tecnologias, em especial a rede de computadores mundialmente interligados, a facilitarem a contratação entre pessoas literalmente em lados opostos do globo, novos desafios se colocam.

O contrato, visto sob uma ótica menos individualista, e agora especialmente em sua modalidade eletrônica, assumiu papel de extrema relevância na sociedade moderna.

Dentro deste contexto evolutivo, um setor da economia que se desenvolveu de forma impressionante e adquiriu importância vital foi sem dúvida o bancário, fundado, essencialmente, no fortalecimento das relações contratuais. De fato, poucos são os setores da economia onde a tecnologia atuou de forma tão intensa e trouxe tantas mudanças radicais nos hábitos e costumes da sociedade hodierna.

O presente estudo tem por objeto análise acerca da validade das transações bancárias efetuadas pela via eletrônica, em especial a formalização dos contratos bancários eletrônicos.

No primeiro capítulo, é feita uma breve análise acerca das disposições que regulam a formação e a validade dos contratos no Código Civil vigente, assim como dos novéis princípios contratuais introduzidos pela sua edição.

Na sequência, é feita uma análise da disciplina dos contratos bancários, das suas peculiaridades e dos seus requisitos de validade, para em seguida ser feita uma abordagem acerca dos principais aspectos dos contratos eletrônicos.

Para finalizar, é feita uma análise da validade e da legalidade das operações bancárias, firmadas por meio eletrônico, à luz da legislação de regência da matéria.

2 Contratos no Código Civil vigente

Não se pretende neste breve trabalho analisar de forma profunda o tratamento jurídico dado aos contratos pelo Código Civil vigente.

Contudo, para a compreensão do contexto no qual encontram-se inseridos os chamados contratos eletrônicos e em especial os de natureza bancária, necessário se faz um breve exame dos preceitos jurídicos que passaram a reger os contratos a partir da edição do Código Civil vigente.

Relativamente aos preceitos concernentes à formação dos contratos, o novel Código não trouxe grandes inovações em relação ao de 1916.

O legislador do Código Civil vigente, a exemplo do de 1916, preferiu não conceituar o contrato, deixando tal mister a cargo da doutrina e da jurisprudência, limitando-se a citar, no artigo 104, os requisitos para sua formação, quais sejam: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei.

Do latim *contractu*, significa mútuo consenso de pessoas sobre determinada coisa. Para Ulpiniano, *duorum pluriumve in idem placitum consensus*, ou seja, contrato é mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto.

Para Washington de Barros Monteiro (2000) contrato é "o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito."

Já para Fran Martins (2001, 52), após tecer críticas ao subjetivismo de tal conceito, contrato é "o acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial."

Para Orlando Gomes (2001, 4), "o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral, ou plurilateral."

Como se vêem dos conceitos acima transcritos, as declarações receptícias de vontade (oferta e aceitação), bem como a coincidência destas (o consenso) são elementos constitutivos do contrato.

Por proponente, deve-se entender aquele que emite a declaração receptícia de vontade, ou proposta, com o intuito de contratar. Oblato, por sua vez, é aquele a quem a proposta é dirigida e a quem incumbe emitir a declaração receptícia de vontade, denominada de aceitação. A proposta, capaz de vincular, de obrigar o proponente a contratar, deve ser séria e emitida por quem efetivamente tem vontade de fazê-lo.

Mais importante do que a forma pela qual a manifestação de vontade é externada, escrita, verbal ou através do uso de meio eletrônico, é o fim a ser alcançado. O que realmente importa é que a manifestação traduza, de forma o mais fiel possível, a intenção dos contratantes.

O consenso, do mesmo modo, é elemento essencial à formação do contrato, na medida em que, se a declaração receptícia de vontade, ou aceitação, não se adequar à proposta, importará em contraproposta e não em aceitação.

As declarações receptícias de vontade, segundo dispõe o artigo 107 do Código Civil vigente, não dependem de forma especial, senão quando a lei expressamente o exigir. Desse modo, inexistindo previsão legal em contrário, os contratos, de um modo geral, podem ser firmados verbalmente.

Há casos, contudo, em que o instrumento público é da essência do ato, como se dá na transferência da propriedade imobiliária, de um modo geral (Código Civil, artigo 108).

Ainda de acordo com o Código Civil em vigor, mostra-se relevante a definição do momento em que a contratação se efetiva, uma vez que a partir de tal verificação é que serão aferidos a existência ou não da relação jurídica, as obrigações a partir dela constituídas, os prazos de prescrição e decadência, a legislação aplicável à espécie, o foro competente para a sua discussão judicial, etc.

Quando a contratação se dá entre presentes, aí incluídas as situações de que cuida o artigo 428, I, última parte, do Código Civil, a qual abrange os contratos firmados com o uso do telefone ou de outros meios assemelhados, desde que possibilitem a emissão e recepção imediata das declarações de vontade, como se dá com os programas de troca de mensagens instantâneas, como o MSN, *v.g.*, a formação se dá com a aceitação e o contrato se considera firmado a partir do momento em que o oblato manifesta sua aceitação.

Sendo o contrato firmado entre presentes, o local da contratação será aquele onde os contratantes se encontrem no momento do enlace. No caso dos contratos firmados por telefone ou outros meios assemelhados, será considerado como local da contratação aquele onde se encontre o emitente da proposta, mesmo que o oblato, por vezes, se encontre do outro lado do mundo, já que por ficção de nossa legislação, tais contratações são consideradas entre presentes. É o que se extrai do artigo 435 do Código Civil¹.

Já os contratos firmados entre ausentes, reputar-se-ão celebrados desde que expedida a aceitação, conforme preceitua o artigo 434 do Código Civil², com as exceções de que cuidam os incisos daquele mesmo dispositivo legal³.

Em relação à formação dos contratos entre ausentes, portanto, o Código Civil adotou a teoria da expedição, com os temperamentos constantes dos incisos do artigo 434.

Especificamente no que respeita aos contratos eletrônicos, merece menção a alteração introduzida pelo artigo 428⁴, que em seu inciso I ampliou a expressão "por meio de telefone" constante do inciso I do artigo 1081⁵ do Código de 1916 para "por telefone ou por meio de comunicação semelhante", ampliando, portanto, o leque das formas de comunicação aptas a caracterizar a contratação como sendo entre presentes.

Conquanto o legislador nada mais tenha feito do que consolidar entendimento jurisprudencial que há muito se encontrava pacificado ainda na vigência do Código revogado, a alteração é bem-vinda, pois traz maior segurança às contratações formalizadas com o uso de meios eletrônicos, não deixando margem a dúvidas acerca desse especial aspecto.

A importância dessa alteração avulta face ao disposto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, o qual dispõe que "O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 (sete) dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio."

No que concerne aos contratos eletrônicos, merecem menção ainda as disposições constantes do artigo 212, II, que, combinado com o artigo 225 do Código Civil, atribui valor probante aos documentos eletrônicos, "se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão."⁶

Já o artigo 889, § 3º, do Código Civil, atribui validade à emissão de títulos de crédito por meio eletrônico, positivando a chamada desmaterialização dos títulos de crédito.⁷

No mais, a não ser a alteração introduzida pelo artigo 434, onde o legislador preferiu utilizar a expressão genérica "entre ausentes" ao invés de enumerar "por correspondência epistolar, ou telegráfica" como constava no artigo 1.086⁸ do Código de 1916, seguindo a tendência do novo Estatuto Civil quanto à adoção de cláusulas gerais em contraposição ao revogado, as demais alterações foram apenas de redação.

As novidades realmente importantes foram introduzidas pelos arts. 421⁹ e 422¹⁰ do Código vigente.

Com efeito, o contrato, na atual dinâmica de um mundo integrado economicamente, assumiu papel relevante não apenas como direito subjetivo e individual, mas também como instrumento de política econômica, financeira e social, proporcionando a implementação de políticas de distribuição de riquezas, a realização de justiça social e a proteção da própria soberania.

Através daqueles dispositivos legais o legislador introduziu na disciplina jurídica dos contratos os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva dos contratantes.

O princípio da função social do contrato nada mais é do que a aplicação extensiva do disposto no artigo 5º, XXIII¹¹, da Constituição Federal à esfera contratual, cujo alcance é impedir que o contrato, enquanto direito subjetivo e individual, seja utilizado de forma a lesar os interesses maiores da sociedade.

Nesse sentido, leciona Arnaldo Wald (2001, 45) que:

(...) a partir do momento em que o direito constitucional brasileiro considerou que a propriedade tinha uma função social (artigo 5º, XXIII), tendo a palavra propriedade uma conceituação ampla, o mesmo princípio haveria de ser aplicado aos direitos de créditos, ou seja, às obrigações e, conseqüentemente, aos contratos. Assim, à primeira vista, em termos gerais, pode-se considerar que o Projeto se limitou a explicitar uma norma constitucional e a ratificar tanto a legislação anterior quanto a construção jurisprudencial.

Trata-se de princípio que deve orientar a interpretação dos contratos, bem como limitar a liberdade individual, impedindo a formalização ou a manutenção de contratações atentatórias aos demais princípios, valores e garantias sociais asseguradas pela Constituição Federal.

Adverte, contudo, o citado doutrinador (WALD, 2001, 39):

Deve-se, entretanto, ponderar que a função social do contrato não deve afastar a sua função individual, cabendo conciliar os interesses das partes e da sociedade. Assim, os direitos contratuais, embora exercendo uma função social, constituem direitos adquiridos (artigo 5º, XXXVI) e gozam, nos termos da CF, da proteção do devido processo legal substantivo (artigo 5º, LIV), em virtude do qual ninguém pode ser privado dos seus bens - e dos seus direitos que também se incluem entre os bens - sem o devido processo legal. Com essa interpretação, que é a única aceitável em nosso regime constitucional, a inovação do Projeto não põe em risco a sobrevivência do contrato, como manifestação da vontade individual e acordo entre partes interessadas para alcançar um determinado objetivo, por elas definido em todos os seus aspectos.

Como se vê, o princípio da função social do contrato não deve ser utilizado como fundamento para a implementação de políticas sociais ou mesmo de distribuição de renda em detrimento da liberdade contratual.

Somente naquelas situações em que a liberdade de contratar servir de pretexto para a ofensa a outros direitos e garantias sociais elencados pela Magna Carta é que o julgador poderá afastar a autonomia da vontade.

O princípio da boa-fé objetiva, por seu turno, veio consolidar o entendimento há muito sedimentado na doutrina e na jurisprudência de que o abuso de direito e a conduta antiética, ou de má-fé, devem ser afastados, fazendo prevalecer nas relações contratuais o binômio da causalidadefinalidade.

De fato, conforme bem o observa Clóvis Veríssimo (1976, 42),

(...) a aplicação do princípio da boa-fé tem função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico dedutivo do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no hortus conclusus do sistema do positivismo jurídico, janelas para o ético.

Trata-se, pois, de princípio que limita a liberdade de contratar, a qual não se fundamenta somente na vontade das partes, mas também em fatores externos de natureza social e constitucional. É a elevação da ética ao status de princípio a ser observado "assim na conclusão do contrato, como em sua execução".

A boa-fé objetiva se traduz naquela regra de conduta que se espera das partes contratantes, naquela conduta proba, ética, leal, que se espera do bom pai de família, do cidadão médio, de modo a preservar o equilíbrio entre as obrigações contratadas e impedir que obrigações obtidas mediante o emprego de astúcia, deslealdade ou esperteza, possam obrigar o contratante que tenha sido empulhado pela conduta antiética do outro. Os contratantes passam a ser vistos não mais como estando em lados opostos, mas como agindo de forma harmônica, buscando a satisfação de ambos os interesses e acima de tudo o da própria sociedade.

A boa-fé objetiva deve pautar não apenas a interpretação dos contratos, mas a conduta dos contratantes na sua execução, assim como deve limitar o exercício dos direitos decorrentes da contratação. Tudo isso, evidentemente, limitado ao exame da manifestação de vontade no âmbito interno da contratação e à sua finalidade econômica e social substancial.

É mais uma cláusula geral de natureza aberta, cuja aplicação e alcance deverão ser objeto de interpretação doutrinária e jurisprudencial, à luz da evolução social, mediante análise técnico-jurídica caso a caso, sem que, contudo, possa ser utilizada como meio de ajustar a conduta das partes a padrões morais subjetivos ou mesmo se prestar à correção de injustiças sociais, tais como a concentração de renda.

Por fim, merece menções o artigo 423, o qual, ao tratar dos contratos de adesão, inspirado no que já dispunha o artigo 131, n° 5¹², do C. Comercial, estabelece que "Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente" e o artigo 424, que estipula que "Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio".

Esta nova ótica sob a qual deve ser visto o direito como um todo, e em especial as normas concernentes ao instituto contratual, deve balizar todas as espécies contratuais, incluindo-se os eletrônicos.

Vale lembrar, por oportuno, que além das normas e princípios constantes do Código Civil, que se aplicam de forma genérica a todas as espécies de contratações, as normas consumeristas incidem nas contratações decorrentes das relações de consumo, sendo certo, ainda, que nada obstante o Código Civil vigente trazer normas relativas ao direito das obrigações que se aplicam genericamente a todos os ramos do direito privado, as normas contidas no Código Comercial que não tenham sido revogadas em razão da novel normatização, permanecem vigentes para as relações comerciais.

3 Contratos bancários

Para Fábio Ulhoa Coelho (2004, 117), os bancos são "... uma espécie de *fundo*, constituído pelo depósito das disponibilidades das unidades

com superávit e do qual se socorrem as unidades com déficit (Garcia, 1992:301/302)".

Para aquele mesmo autor (COELHO, 2004, 118), os contratos bancários:

(...) são os veículos jurídicos da atividade econômica de intermediação monetária, encontrados tanto no pólo da captação (recolhimento de superávits) como no fornecimento (cobertura de déficits). Em termos outros, são os contratos que só podem ser celebrados por um banco. Qualquer pessoa, física ou jurídica que não estando autorizada a operar na atividade bancária, realiza contratos de intermediação de dinheiro incorre em conduta ilícita. A participação necessária de um banco em pelo menos um dos pólos da relação contratual é, assim, da essência do contrato bancário.

Note-se que não basta o banco ser um dos contratantes para que o contrato seja bancário. Com efeito, em razão de sua condição de sociedade empresária, o banco deve celebrar muitos outros contratos que nada têm de bancário, porque não realizam a função econômica da intermediação. (...) O contrato é bancário se ninguém mais a não ser a sociedade empresária autorizada a operar a atividade de intermediação de recursos monetários, pode oferecê-lo ao mercado.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2003, 17) define contrato bancário como "(...) aquele concluído por um banco na sua atividade profissional e para a consecução dos seus fins econômicos, que são crédito e serviços."

Esclarecedora observação faz o referido Ministro do STJ (AGUIAR JÚNIOR, 2003, 9) acerca do binômio contratos e operações bancárias. Segundo ele,

Para estabelecer a natureza do contrato bancário, na perspectiva que nos interessa, devem-se precisar alguns pontos a partir do seu objeto.

Em primeiro lugar, está a propalada dualidade entre contratos bancários e operações bancárias. Costuma-se dizer que estas têm abrangência maior que o contrato, pois compreendem também atos praticados pelos bancos que não se formalizam no contrato, como ocorre com o simples cumprimento de ordens do cliente, e têm um sentido mais

dinâmico, sendo o conjunto de atos que se desenvolvem para alcançar um resultado econômico, enquanto o termo contrato nos leva mais precisamente ao acordo de vontades (Bolaffio, "Il Codice di Commercio Commentato", I/282/283). No entanto, se entendermos a obrigação como processo, visualizada na sua totalidade e integrada de diversas fases, seguindo a lição de Clovis do Couto e Silva ("A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor", em A obrigação como processo, São Paulo, José Bushatsky, p. 10), logo se conclui que as diversas condutas praticadas pelos participantes das operações bancárias integram um processo obrigacional que se formaliza no contrato, sejam atos preparatórios, executivos, principais ou acessórios. Por isso, justifica-se o uso das expressões operações bancárias e contratos bancários como sinônimas, o que se dá tanto na prática do mercado como na nossa doutrina e jurisprudência.

Fran Martins (2001, 384), no mesmo sentido, assevera que:

O Código Comercial, ao tratar dos banqueiros, se refere aos atos de comércio pelos mesmos praticados denominando-os de operações de bancos (arts. 119 e 120). De fato, todas essas operações poderão ser classificadas como contratos, já que há acordo entre as partes criando obrigações.

Duas são as posições adotadas pela doutrina quanto à caracterização de um contrato como sendo bancário. Uma delas leva em conta o aspecto subjetivo, ou seja, será bancário o contrato em que figure na relação jurídica contratual um banco, ou, conforme o artigo 17 da Lei nº 4.595/64, uma instituição financeira. A outra corrente leva em conta o elemento objetivo, ou seja, será bancário todo contrato que realize as finalidades específicas do banco, qual seja, a intermediação do crédito e a prestação de serviços de natureza bancária.

Entretanto, como bem observa o citado Ministro (AGUIAR JÚNIOR, 2003, 9/10), para que se configure um contrato como sendo bancário,

Não basta, porém, que participe da relação um banco, pois, como sujeito, a empresa bancária pode firmar contratos alheios à sua atividade principal; nem por isso deixa de ser banco, nem o contrato

pode ser incluído na espécie dos contratos bancários. Na verdade, é preciso reunir os dois aspectos assinalados pelas correntes antagônicas (objetivistas e subjetivistas) para concluir que o contrato bancário se distingue dos demais porque tem como sujeito um banco, em sentido amplo (banco comercial ou instituição financeira, assim como definido no artigo 7º da Lei nº 4.595, i.e., caixa econômica, cooperativa de crédito, sociedade de crédito, banco de investimento, companhia financeira, etc.), e como objeto a regulação da intermediação de crédito.

E arremata:

Os negócios de crédito podem ser de moeda, de mercadorias, etc., mas o que aqui nos interessa é o negócio de crédito que tenha por objeto a moeda, isto é, em que a entrega e a restituição sejam contratadas em moeda (Alcaro, Soggetto e contratto nell'attività bancaria, Giuffrè, p. 22 e seguintes), que é a operação fundamental do banco, a atuar principalmente na interposição lucrativa do crédito. O negócio bancário é uma espécie do gênero negócio de crédito.

Nos contratos bancários, os bancos atuam basicamente como intermediários entre a oferta e a procura de dinheiro, aceitando o depósito deste em troca de remuneração financeira ou da prestação de serviços e aplicando os recursos captados, mediante a cobrança de encargos.

O lucro das instituições financeiras consiste na diferença entre o que for despendido com o dinheiro captado e aquilo que se recebe pelo empréstimo desse mesmo dinheiro ou ainda pela prestação de serviços bancários.

Segundo dispõe o artigo 17 da Lei nº 4.595/64, "Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros."

Contratos bancários, como se vê, são todos aqueles negócios jurídicos em que figure como contratante uma instituição financeira e que tenham como objeto imediato a regulação das relações jurídicas de intermediação de crédito ou prestação de serviços e como objeto mediato o próprio crédito ou o serviço bancário prestado.

Alguns contratos bancários são específicos desse segmento, muito embora possa ocorrer a sua utilização, isoladamente, por não banqueiros. Há casos em que determinadas operações só podem ser realizadas por instituição financeira, por força de determinação legal, como se dá com o penhor de jóias. Há contratos bancários, contudo, que na sua essência, não se diferenciam em muito dos demais enlances contratuais firmados nas esferas cível e comercial (mútuo, v.g.). O que os qualifica como bancários é o fato de neles figurar, como contratante, uma instituição financeira e de terem por objeto a intermediação de crédito ou a prestação de serviços bancários, podendo assumir as mais diversas formas, sejam típicas, sejam atípicas, desde que não haja vedação legal à contratação.

Os contratos bancários são, em regra, consensuais (em alguns casos podem ser reais como, v.g., no caso do mútuo), bilaterais, onerosos, comutativos, não solenes (podem ser solenes, v.g., no caso de empréstimo com garantia hipotecária, em que a forma será a de escritura pública), *intuitu personae* (já que tem por fundamento a fidúcia - o crédito - do contratante), e guardam uma peculiaridade em relação às demais avenças, que é a exigência constitucional de sigilo em relação aos dados a eles relativos.

Segundo Arnaldo Wald (1998, 15/21)

O sigilo bancário é o meio para resguardar a privacidade no campo econômico, pois veda a publicidade sobre a movimentação da contacorrente bancária e das aplicações financeiras.

Via de regra são contratos de adesão e não raro suas cláusulas são fixadas por disposições legais expressas ou através de regulamentação do Banco Central.

Os contratos bancários podem ser classificados em operações ativas, quando a instituição financeira concede crédito ao cliente e este se torna devedor daquela (empréstimos, descontos de títulos de terceiros, antecipações, aberturas de crédito, v.g.); passivas, quando o cliente é quem concede crédito à instituição financeira e esta se torna devedora dele (depósito bancário e aplicação financeira, v.g.); e ainda as neutras, onde o banco atua como prestador de serviços ou intermediário, cobrando tarifas por tal atuação, como se dá com as operações de câmbio, aluguel de cofres, etc.

Ruy Rosado (AGUIAR JÚNIOR, 2003, 17) classifica os contratos bancários em: "(...) contrato de moeda e crédito, depósito e financiamento; contrato misto, de crédito e serviços (intermediação bancária); e contrato de serviços (garantia, custódia, cofre, etc.)."

O vínculo contratual mais comum entre uma instituição financeira e seus clientes se dá por meio do contrato de depósito bancário em

conta-corrente, através do qual o cliente entrega uma determinada quantia em dinheiro ou valores mobiliários ao banco, e este se compromete a devolver-lhe, assim que solicitado.

Fábio Ulhoa Coelho (2004, 17) observa que:

O contrato veículo das operações passivas dos bancos é o depósito bancário, conhecido vulgarmente como conta (Rizzardo, 1990:31/32). Quando se diz que alguém abriu uma conta no banco, em termos técnicos, essa pessoa celebrou contrato de depósito bancário.

Ruy Rosado (AGUIAR JÚNIOR, 2003, 17/18) observa que o contrato de depósito bancário:

É um contrato próprio, típico, e guarda similitude com o depósito irregular, mas com este não se confunde: 'o depósito irregular tem por objeto coisas fungíveis e o depositário se obriga a restituir um bem do mesmo gênero, qualidade e quantidade do custodiado (como acontece nos armazéns gerais, regulados pelo Dec. no 1.102, de 21/11/1903). Esses elementos, por evidente, podem se verificar na relação entre o depositante de recursos monetários e o banco, mas a instituição financeira, a partir do contrato de depósito bancário, passa a titularizar a propriedade dos valores depositados e não a exercer a simples custódia, como ocorre em relação ao depositário no depósito irregular. A relação entre o cliente e o banco, nesse contrato, é de verdadeira fidúcia' (Fábio Ulhoa Coelho, Manual de Direito Comercial, p. 431). Corrente divergente sustenta ser do depositante a propriedade do numerário, de que o banco apenas tem a posse, mas tal entendimento não merece aplauso. Na verdade, trata-se de duplo poder de disposição: do cliente, sobre a parte que deposita, e do banco, sobre o total dos depósitos de terceiros. Em época normal, o banco efetua 'o trabalho técnico com a média de disponibilidade possível' (Pontes de Miranda, Tratado, vol. 42, p. 372/374), o que lhe permite girar com o numerário depositado, sem retirar do cliente o direito à restituição imediata.

O contrato de depósito bancário é um contrato autônomo, *sui generis*, que se classifica como real, oneroso, bilateral, não formal e de

adesão, tendo como elementos: a) os sujeitos, que são o cliente como depositante e o banco como depositário; b) o objeto, que consiste na obrigação do banco de guardar os fundos depositados e mantê-los à disposição do cliente, quando por ele solicitados; e c) a tradição.

Os depósitos bancários podem ser efetuados nas modalidades *à vista*, *a pré-aviso* ou *a prazo fixo*; com ou sem remuneração.

A fim de operacionalizar o contrato de depósito bancário, o banco abre ao cliente uma conta-corrente na qual são creditados todos os valores depositados e de onde são sacados os montantes destinados ao pagamento das ordens de pagamento por ele emitidas.

Fran Martins (2001, 372), observa, que:

Não devem ser confundidos, entretanto, o contrato e a escrituração da conta-corrente. Esta é apenas uma modalidade de lançamento na escrita mercantil para verificar a situação exata de um freguês de estabelecimento comercial de acordo com as dívidas que esse for contraindo e os pagamentos que for efetuando. (...) No contrato de conta-corrente há uma convenção entre as duas partes no sentido de serem anotadas nas contas as remessas de valores que mutuamente se fazem como partidas de débito e de crédito para uma verificação posterior do saldo. Somente quando a conta é encerrada é que o saldo acusado se tornará exigível por parte daquele que for credor. As remessas de valores, na conta-corrente contratual, são mútuas, figurando os remetentes como credores ou devedores, na escrituração, mas só no encerramento se apurando quem, afinal, é o credor e quem o devedor. Ao passo que na conta-corrente contábil há um só devedor, que é o cliente em nome de quem a conta foi aberta; esporádica e teoricamente esse devedor poderia, ao encerrar a conta, figurar como credor, se houvesse remetido mais dinheiro a seu crédito do que o montante das dívidas feitas. Na prática isso nunca acontece, pois as partidas de numerários por ele remetidas são, em geral, por conta do seu débito, com a finalidade de cobri-lo.

O contrato de depósito em conta bancária pode ser firmado nas modalidades individual ou conjunta. Na modalidade individual, há apenas um titular, o qual tem a livre movimentação da conta. Já no caso da conta conjunta, são no mínimo dois os titulares, sendo que a movimentação poderá ocorrer de forma solidária, caso em que qualquer dos titu-

lares pode movimentar individualmente, ou de forma não solidária, caso em que a conta só pode ser movimentada por todos os titulares, conjuntamente.

Os contratos de depósito bancário em conta-corrente, de um modo geral, têm, como característica, uma alta rotatividade, promovendo o cliente depósitos e saques, estes geralmente mediante a emissão de cheques; a utilização de cartão de débito; ou através de saques na boca do caixa, etc., quase que diariamente. Isto implica um movimento contínuo e constante da conta.

Nesta espécie contratual o cliente tem a obrigação de depositar os valores correspondentes para que o banco possa efetuar o pagamento dos cheques e demais ordens de pagamentos por ele emitidos e vice-versa.

Via de regra é a partir do contrato de depósito bancário em conta-corrente que é constituída uma série de outros contratos, tais como os de abertura de crédito; CDC Eletrônico; mútuo; financiamento; locação de cofres; etc.

Hoje em dia é comum que concomitantemente com a abertura da conta de depósito bancário a instituição financeira já faça um cadastro do cliente e defina um limite global de crédito a ser posto à sua disposição, firmando um 'contrato mãe', por meio do qual o banco se compromete a pôr à disposição do cliente diversas linhas de crédito pré-definidas.

Definidas as linhas de crédito (crédito rotativo, CDC Eletrônico, etc.), e postos os respectivos valores à disposição do cliente, basta que ele se dirija a um terminal eletrônico ou acesse a página da instituição bancária na Internet e escolha o valor, dentro do limite posto à sua disposição obviamente; o dia do vencimento; bem como o número de parcelas em que pretende restituir o valor emprestado, e em seguida digite a sua senha e conclua a operação, para que seja instantaneamente creditado em sua conta de depósitos o valor contratado.

Esta é a mais recente modalidade de contração bancária, a qual proporciona ao cliente a comodidade de poder contratar sem sair de casa, bem como de poder decidir acerca de todas as regras relativas ao pagamento, dentro, obviamente, dos limites pré-estabelecidos.

Tais contratações só se tornaram possíveis a partir da criação da chamada Cédula de Crédito Bancário, que se deu com a edição da MP 1925/1999, reeditada inúmeras vezes até que, por força da edição da EC 43/2001 foi renumerada para nº 2.160/2001, a qual atualmente encontra-se revogada pela Lei nº 10.931, de 02/08/2003. Esta era uma providência há muito reclamada pelo mercado financeiro e de resto por toda a sociedade brasileira, como bem lembra Humberto Theodoro Júnior (2003, 5):

A criação da cédula de crédito bancário veio ao encontro da necessidade premente e urgente de

inovação no cenário nacional, à época em que os financiamentos bancários se tornavam cada dia mais caros e restritos, devido à insegurança e instabilidade das decisões dos pretórios nacionais que fragilizavam os vínculos contratuais.

Nesta modalidade de contrato bancário, ao firmar o 'contrato mãe' com a instituição financeira, por meio do qual é definido o limite global de crédito posto à disposição do cliente, bem como os respectivos limites de cada operação (crédito rotativo, CDC eletrônico, etc.), é emitida em favor do banco a chamada Cédula de Crédito Bancário, a qual, desde que revestida das formalidades constantes da Lei nº 10.931/2003, é título executivo extrajudicial apto a aparelhar ação de execução.

Em ocorrendo o inadimplemento contratual, a instituição financeira poderá ingressar com ação de execução, desde que acoste à Cédula planilha demonstrando o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais, as despesas de cobrança e de honorários advocatícios devidos até a data do cálculo e, por fim, o valor total da dívida, sendo que em caso de Cédula de Crédito Bancário representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta corrente esta será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, competindo ao credor discriminar nos extratos da conta corrente ou nas planilhas de cálculo, que serão anexados à Cédula, as parcelas utilizadas do crédito aberto, os aumentos do limite do crédito inicialmente concedido, as eventuais amortizações da dívida e a incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto.

Esta modalidade de contratação vem se difundindo rapidamente, sendo largamente utilizada nas contratações com pessoas físicas.

A emissão da Cédula de Crédito Bancário pode abranger o contrato de abertura de crédito, o chamado CDC eletrônico, o mútuo e o financiamento bancário, dentre outros.

Na modalidade de abertura de crédito, as partes convencionam que o banco colocará à disposição do cliente determinado limite de crédito, o qual poderá ou não ser efetivamente utilizado. Caso ocorra a utilização do limite contratado, que poderá ser total ou parcial, haverá a incidência de encargos sobre as quantias utilizadas, pelo período em que perdurar a utilização.

Como bem observa Arnaldo Rizzardo (2003), essa espécie contratual tem por objeto a concessão de crédito e não a entrega ou mesmo a transferência de dinheiro para o cliente, que, inclusive, poderá sequer chegar a ocorrer.

Tem-se a contratação como firmada mediante a simples promessa do banco de que o cliente terá a seu dispor o crédito de determinado

valor, que poderá ser-lhe entregue em dinheiro, quando assim o determinar ou poderá ser objeto de saque por meio de movimentação da própria conta de depósito bancário, como se dá, *v.g.*, com o cheque especial (pessoa física) ou o cheque garantido (pessoa jurídica), por meio do qual a instituição financeira coloca à disposição do depositante titular de conta-corrente de depósitos certa quantia em dinheiro, por um período de tempo previamente convencionado, mediante remuneração apenas dos valores efetivamente utilizados, durante o período da utilização.

Muito embora o contrato de abertura de crédito geralmente esteja vinculado ao contrato de depósito em conta bancária, é um contrato autônomo, atípico ou inominado, bilateral, oneroso, comutativo, de execução continuada e *intuitu personae*, já que tem por sustentáculo a confiança de que o cliente restituirá o valor que vier a utilizar. Pode ser lastreado em garantia real ou pessoal e a fim de que possa aparelhar futura execução judicial, em caso de inadimplemento, deve ser formalizado sob os auspícios da lei nº 10.931/2003, com a emissão de Cédula de Crédito Bancário, sendo admitido, contudo, como apto a instruir ação monitória, desde que acompanhado do demonstrativo de débito (Súmula STJ 247).

Outra espécie de contratação de massa firmada pelas instituições financeiras é o contrato de empréstimo bancário, comumente conhecido como mútuo bancário, por meio do qual as instituições financeiras entregam aos seus clientes determinada soma em dinheiro, a qual deverá ser restituída dentro de determinado prazo, mediante o pagamento de juros.

Essa espécie contratual pode ser firmada mediante o simples consenso das partes quando a garantia é pessoal e o banco concede o empréstimo confiando na solvabilidade do cliente, ou mediante a exigência da emissão de título de crédito do próprio contratante em garantia do pagamento ou ainda mediante a exigência de garantia pessoal de terceiros ou mesmo real. As carteiras de empréstimos bancários das instituições financeiras constituem considerável parte de suas operações ativas.

Para essa modalidade de contratação, a rigor, não há necessidade de que seja emitida Cédula de Crédito Bancário, já que é plenamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência a exequibilidade dos contratos firmados de acordo com o artigo 585, II, do CPC, o que, contudo, não impede que seja acordada a emissão da Cédula.

Entretanto, quando firmado na modalidade CDC Eletrônico, é aconselhável que seja formalizado sob os auspícios da Lei nº 10.931/2003, já que alguns Tribunais não vêm reconhecendo esta modalidade contratual em sua forma original, executada pela via eletrônica, sequer como apta a aparelhar ação monitória, conforme se vê do seguinte acórdão do TJ/DF:

PROCESSUAL CIVIL - MONITÓRIA - Ausência de prova escrita do crédito alegado. Contrato eletrônico. Inadequação da via eleita. A ação monitória é ação de natureza documental, cumprindo ao autor, nos termos do artigo 1102a do CPC, instruir o pedido com prova escrita do crédito alegado, capaz de ensejar razoável certeza da obrigação. O contrato eletrônico que não se torna expresso através de documentos, não autoriza a utilização da monitória. A prova do descumprimento, em contratos dessa espécie, só será possível no procedimento comum, quando será permitida ampla dilação probatória. Inépcia da inicial. Apelação provida. (TJDF - APC 20030110352234 - 4ª T.Cív. - Rel. Des. Getúlio Moraes Oliveira - DJU 31/05/2005 - p. 165) JCPC.1102A

Tal decisão demonstra de forma insofismável a importância da criação da Cédula de Crédito Bancário para a modernização do sistema financeiro, em especial para a adoção dos contratos bancários eletrônicos.

Através do desconto bancário pode o cliente, mediante a transferência da propriedade de títulos de crédito emitidos contra terceiros, obter junto ao banco o adiantamento das respectivas quantias, mediante o pagamento de juros. O desconto de títulos constitui modalidade de mútuo bancário, diferindo deste apenas no que respeita à garantia, que no caso do desconto será sempre um título de crédito emitido por terceiro, enquanto que no mútuo bancário a contratação poderá ocorrer pelo simples consenso ou pela emissão de título de crédito do próprio contratante.

Nas operações de antecipações, que em muito se assemelham ao mútuo e ao desconto, o cliente recebe determinada importância mediante garantia real do pagamento, que pode se dar pela entrega dos documentos representativos de mercadorias, como se dá com o conhecimento de depósito ou warrant.

Há ainda inúmeros outros contratos bancários, como os firmados no âmbito do SFH ou SFI, destinados à aquisição de imóveis; de penhor; de alienação fiduciária em garantia; de cobrança de duplicatas, etc., sobre os quais não se irá discorrer tendo em vista a natureza do presente estudo, mas em relação aos quais eventualmente se fará menção.

4 Contratos eletrônicos

Muito se tem discutido acerca da real necessidade de uma normatização específica acerca dos contratos eletrônicos, vista por al-

guns como engessadora e por outros como estabilizadora dessas novas relações jurídicas derivadas do uso da tecnologia digital.

Contraditoriamente, porém, neste momento de transição, em que se buscam meios práticos e eficientes para a solução dos conflitos cibernéticos, exatamente o ramo do direito que desde o seu nascedouro ostentou nítida tendência globalizadora, vem sendo mitigado na sua real importância, especialmente após a edição do Código Civil vigente.

De fato, não se pode deixar de observar que neste momento em que se busca com tamanho frenesi a reinvenção de institutos tradicionais, com o fito de adequá-los às novas tecnologias de formação dos contratos, especialmente na seara dos chamados contratos eletrônicos, que sem dúvida são o sustentáculo desta nova fase evolutiva da atividade mercantil, o Direito Comercial, que tanto contribuiu para a expansão do comércio e a globalização dos mercados, vem tendo seu papel mitigado.

Nada obstante a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da necessidade ou não de uma normatização específica, o contrato eletrônico é hoje uma realidade incontestável, a qual o direito não pode ignorar.

Cabe aos artífices do direito, portanto, até que sobrevenha legislação específica, buscar dentro do sistema legal vigente, através de uma interpretação de cunho jusnaturalista, soluções jurídicas as mais justas e consentâneas com as aspirações da sociedade moderna, não permitindo que o apego exacerbado a um jurispotivismo ultrapassado engesse os agentes econômicos e impeça a adoção de métodos modernos e eficazes de troca de mercadorias e circulação de riquezas, sem, contudo, abandonar à própria sorte aqueles com reduzido poder de barganha diante dos grandes conglomerados econômicos.

Conforme leciona Arnaldo Wald (2001, 39):

(...) o Direito deve servir de ponte entre a economia moderna e a política arcaica, pois abrange regras tradicionais e outras inovadoras, que devem formar um sistema único, racional e coerente, não podendo subsistir sob a forma de uma colcha de retalhos.

30. Por outro lado, na medida em que a evolução das atividades econômicas contribui para tornar mais complexas as regras jurídicas, a criatividade jurídica do advogado tornou-se, no mundo hodierno, uma verdadeira vantagem competitiva, que tem inclusive justificado a preferência pela utilização, em todos os países, de sistemas jurídicos mais flexíveis e adaptados à mudança.

31. Dentro desse contexto, o direito privado se torna uma verdadeira força que assegura a melhor performance da empresa, considerada como

centro da economia contemporânea, a possibilidade de atrair capitais nacionais e estrangeiros e conseqüentemente a riqueza das nações e o aprimoramento das condições de vida na sociedade. E o direito público passa a ser um instrumento da reforma do Estado e da nova estruturação dos serviços públicos, que deve prestar de modo eficiente, para cumprir a sua função constitucional em todos os campos de atividade, assegurando a todos os cidadãos uma vida digna em um clima de segurança.

E conclui o emérito professor (WALD, 2001, 39):

Se o Direito tem a dupla finalidade de garantir tanto a justiça quanto a segurança, é preciso encontrar o justo equilíbrio entre as duas aspirações, sob pena de criar um mundo justo, mas inviável, ou uma sociedade eficiente, mas injusta, quando é preciso conciliar a justiça e a eficiência. Não devem prevalecer nem o excesso de conservadorismo, que impede o desenvolvimento da sociedade, nem o radicalismo destruidor, que não assegura a continuidade das instituições. O momento é de reflexão e construção para o jurista que, abandonando o absolutismo passado, deve relativizar as soluções, tendo em conta tanto os valores éticos quanto as realidades econômicas e sociais. Entre princípios antagônicos, em um mundo dominado pela teoria da relatividade, cabe adotar, também no campo do Direito, o que alguns juristas passaram a chamar os princípios de geometria variável, ou seja, o equilíbrio entre justiça e segurança, com a prevalência da ética mas sem desconhecer a economia e os seus imperativos.

Este, sem dúvida, é o papel daqueles que labutam na seara jurídica, independentemente da positivação de normas a respeito de tema tão relevante e em relação ao qual a sociedade não pode permanecer inerte, aguardando a boa vontade dos legisladores.

A utilização da via eletrônica como meio de firmar contratos, efetuar pagamentos ou mesmo transferir valores é uma realidade inconteste, e que assume papel cada vez mais relevante em uma sociedade que se globaliza a passos largos e onde os bens e direitos se tornam cada vez mais fluidos e intangíveis.

O legislador do Código Civil vigente perdeu grande oportunidade de dotar nosso sistema legislativo de dispositivos modernos e adequados à fase evolutiva em que se encontra nossa sociedade, nesta era digital.

É verdade que tramitam no Congresso Nacional o PLC nº 1.483/1999, que trata da criação da fatura eletrônica e da assinatura digital, e o PLC nº 1.589/1999, que dispõe sobre a regulamentação do comércio eletrônico, a validade do documento eletrônico e a assinatura digital, os quais se encontram apensados ao PLC nº 4906/2001 (PLS nº 672/1999), que dispõe sobre o comércio eletrônico.

Entretanto, referidos projetos de lei encontram-se paralisados há alguns anos, seja pela ausência de uma real avaliação da importância da regulamentação de tais institutos, seja pela incapacidade daquela Casa em exercer seu mister legislativo a contento, perdendo-se em infundáveis comissões parlamentares de inquérito e processos éticos instaurados para investigar e punir, na maioria das vezes, seus próprios membros, assim como por disputas políticas travadas com os outros poderes constituídos.

Vale lembrar que a Lei Modelo da *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), foi apresentada na 29ª Assembléia Geral das Nações Unidas, realizada no período de 28 de maio a 14 de junho de 1996.

Em verdade, não se trata de uma lei no sentido estrito, mas sim de diretrizes a serem adotadas, na medida do possível, pelo maior número de países, com o objetivo de se buscar a uniformização das normas legais acerca do comércio eletrônico, este entendido em sentido lato, abrangendo inclusive as transações eletrônicas que não estejam ligadas ao comércio em sentido estrito.

O PLC 1589/1999, de autoria do Deputado Federal Luciano Pizzato e outros, que teve por base o anteprojeto apresentado pela Seccional da OAB/SP, e que tramita no Congresso apensado ao PLC nº 4906/2001 (PLS nº 672/1999), tem inspiração naquela Lei Modelo. Este último, também, não destoaria do que preconizam as diretrizes traçadas pela UNCITRAL.

Diante da inapetência do Congresso em exercer seu papel legislativo, cumpre aos artifices do direito buscarem, através de uma sistematização doutrinária e uma interpretação de cunho jusnaturalista, soluções para os problemas jurídicos advindos da utilização dos meios eletrônicos como forma de contratação, pagamento, prestação de serviços ou mesmo transferências de valores.

Como consequência, a doutrina e a jurisprudência têm se desdobrado na busca de soluções para os problemas em relação aos quais permanece esse vácuo legislativo, já se podendo vislumbrar uma consistente base na qual os artifices do direito podem se abeberar.

As próprias empresas, dentre elas as instituições financeiras, têm buscado mecanismos de proteção que garantam um mínimo de segurança para si e para seus clientes, seja adotando certificados digitais em suas páginas na Internet, seja assumindo elas mesmas o papel de agen-

tes certificadores digitais, como ocorre no caso da Caixa Econômica Federal.

Não se pode simplesmente fechar os olhos para um volume astronômico de transações eletrônicas, com destaque para as bancárias, realizadas diariamente, seja em quantidade, seja pelos valores envolvidos, como têm feito nossos legisladores. Tanto é assim que mesmo diante do vácuo legislativo e da inércia do Congresso em regulamentar a matéria, os empresários, e em especial as instituições bancárias vêm investindo pesadamente nos chamados canais alternativos de atendimento, dos quais se destacam os chamados *e-commerce*, *home banking* e auto-atendimento bancário, *v.g.*, este último através da utilização de terminais instalados em pontos estratégicos ou mesmo no interior das agências bancárias.

Vale lembrar, por oportuno, que relativamente à utilização dos meios eletrônicos como forma de contratação, conquanto o Código Civil vigente não tenha feito referência expressa a tal modalidade de contrato, fê-lo indiretamente ao discriminar as situações em que as contratações se dão entre presentes ou entre ausentes, quando, no artigo 428, I, parte final, estabelece que "Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante".

Em matéria de prova, o artigo 212, II, combinado com o artigo 225 do Código Civil, atribui valor probante aos documentos eletrônicos, "se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão", enquanto o artigo 889, § 3º, do Código Civil, conquanto não trate das obrigações contratuais, atribui validade à emissão de títulos de crédito por meio eletrônico, positivando a chamada desmaterialização dos títulos de crédito, o que bem evidencia a ausência de repulsa daquele Código à utilização da via eletrônica como meio de formalizar obrigações, inclusive de natureza contratual.

A Lei Modelo da UNCITRAL, em seu artigo 2º, ao definir comércio eletrônico, o faz em um sentido amplo, devendo-se entender por tal designação não só as transações que visam à prática de atos comerciais ou que dela resultem, mas também todas as demais transações eletrônicas, ainda que praticadas fora do âmbito das relações comerciais, incluídas as de natureza civil ou mesmo as de índole administrativa.

Para Euripedes Brito da Cunha Júnior (2002, 68),

Em termos genéricos, o contrato eletrônico é aquele avençado ou executado pela via eletrônica. O contrato celebrado mediante meios eletrônicos, ou seja, eletrônico na sua formação, pode ser considerado mais eletrônico do que um contrato avençado por modo tradicional, mas com execução eletrônica. Assim, pode-se afirmar que o contrato celebrado eletronicamente é eletrônico stricto sensu, enquanto o contrato simplesmente execu-

tado eletronicamente o é lato sensu. Portanto, as duas categorias estão compreendidas dentro do escopo dos contratos eletrônicos.

Esta distinção é de grande importância para o estudo dos contratos bancários eletrônicos, como se verá mais adiante.

O aspecto eletrônico da contratação que é objeto do presente estudo, está ligado à forma ou à execução e não ao objeto do contrato propriamente dito, que, todavia, pode também ser eletrônico.

À vista de tais considerações, partindo-se do conceito de contrato formulado por Fran Martins alhures mencionado, pode-se afirmar que contrato eletrônico é o acordo de duas ou mais pessoas, celebrado ou executado pela via eletrônica, para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial.

Há que se distinguir contrato eletrônico, nesse desiderato, dos chamados contratos informáticos.

Contratos informáticos são aqueles que têm por objeto bens cuja destinação e uso estão ligados à informática, como ocorre com a aquisição de licença de uso de *software*, com a contratação do desenvolvimento de software, a locação de equipamentos de informática (servidores, etc), a manutenção de equipamentos, etc., cujas contratações podem ocorrer tanto por meio físico quanto pela via eletrônica. Já os contratos eletrônicos podem ter por objeto não apenas bens ligados à informática, mas quaisquer outros lícitos, possíveis e determinados ou determináveis.

5 Classificação dos contratos eletrônicos

Eurípedes Brito da Cunha Júnior (2002), propõe interessante classificação dos contratos eletrônicos levando-se em conta: o grau de eletronização; a natureza da relação jurídica tutelada; o grau de interação entre homem e máquina; e a simultaneidade da proposta e da aceitação.

Segundo ele, os contratos eletrônicos podem ser classificados de acordo com o seu maior ou menor grau de eletronização, classificação esta que deve anteceder as demais, já que facilita a compreensão daquelas.

5.1 Classificação dos contratos eletrônicos quanto ao seu grau de eletronização

Nesta classificação, o momento e a duração com que ocorre o emprego das novas tecnologias na formação ou na execução do contrato são determinantes, ou seja, um contrato que dependa dos meios tecnológicos para que possa se formar será mais eletrônico do que um outro que dependa de tais meios apenas para ser executado. O primeiro será eletrônico na sua formação, no seu nascimento, enquanto o segun-

do somente o será na sua execução. O primeiro, portanto, será um contrato eletrônico *stricto sensu*, já que sua própria formação se dá pela via eletrônica, enquanto o segundo será eletrônico *lato sensu*, uma vez que apenas sua execução ocorre por meio eletrônico.

5.1.1 Contratos executados eletronicamente

Ao se falar em contratos executados eletronicamente, é oportuno relembrar os ensinamentos do Min. Ruy Rosado (AGUIAR JÚNIOR, 2003, 9), no sentido de que "se entendermos a obrigação como processo, visualizada na sua totalidade e integrada de diversas fases, seguindo a lição de Clovis do Couto e Silva ('A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor', em A obrigação como processo, São Paulo, José Bushatsky, p. 10)".

Nessa linha de pensamento, os contratos celebrados em meio físico, mas apenas executados eletronicamente, são contratos eletrônicos em sentido lato, os quais, por sua vez podem ser subdivididos em parcial ou integralmente executados eletronicamente.

Esses tipos contratuais, geralmente, têm um contrato-base, firmado em meio físico, cuja prestação é de execução diferida no tempo e para a qual é necessário o emprego de meios eletrônicos, total ou parcialmente.

Como existe um contrato físico que dá respaldo à execução eletrônica, a aferição do local e do momento em que ocorreu a contratação, via de regra, não oferece maiores questionamentos.

5.1.1.1 Contratos parcialmente executados eletronicamente

É muito comum nesta fase tecnológica em que nos encontramos, a utilização pelas grandes corporações de *softwares* de gestão empresarial, os quais, dentre outras tarefas, realizam o controle de estoque, efetuando novos pedidos aos fornecedores, de forma eletrônica e automatizada, dos produtos cujo estoque encontre-se abaixo do nível mínimo desejado, conforme o consumo verificado.

Nesse tipo de contratação, a exemplo da anterior, pré-existe um contrato físico entre o fornecedor e o comprador, o qual é apenas parcialmente executado pela via eletrônica, mediante a programação dos computadores do comprador e do fornecedor, já que as demais etapas são executadas fisicamente, inclusive a remessa e o recebimento dos produtos adquiridos por esta via.

5.1.1.2 Contratos integralmente executados eletronicamente

Exemplo de contrato firmado em meio físico, e executado integralmente por meio eletrônico, se dá com os cartões de crédito, quando o

cliente firma o contrato por meio físico, geralmente na agência bancária onde tem conta.

Nessa espécie contratual, é comum o cliente firmar o contrato de cartão de crédito em meio físico, receber posteriormente o cartão propriamente dito pelo correio e executar todas as operações de pagamentos de compras e serviços por meio dos terminais eletrônicos existentes nos estabelecimentos comerciais, para, no vencimento da fatura, promover o pagamento desta, também por meio eletrônico, com o uso dos canais alternativos de atendimento bancário.

Neste caso, a execução deu-se totalmente pela via eletrônica, embora a contratação tenha ocorrido em meio físico.

Vale lembrar que não se devem confundir os contratos de compra e venda ou prestação de serviços firmados pelo titular e pagos através do cartão de crédito, que podem inclusive ter por objeto bens tangíveis, com o contrato de cartão de crédito propriamente dito, cujo objeto é o crédito (meio de pagamento) e cuja execução se dá por meio eletrônico.

Essa espécie contratual é muito comum também nas contratações de hospedagem em servidores, quando o ajuste é firmado em meio físico e a execução se dá de modo totalmente virtual. Nela, uma vez efetuada a contratação por meio físico, todos os arquivos que serão hospedados são remetidos e armazenados por via eletrônica.

5.1.2 Contratos firmados por meio eletrônico, executados fisicamente

Nessa espécie contratual já não se verifica mais a existência de um contrato físico. Ela é fruto da utilização das novas tecnologias como meio de transmissão das manifestações de vontades e do registro das respectivas transações. Nelas as declarações de vontade - oferta e aceitação - são transmitidas por meio eletrônico e o seu respectivo registro ocorre de forma virtual. Tais contratos são eletrônicos desde a sua formação, que se dá mediante o uso de tecnologia eletrônica, embora sua execução ocorra pelo modo tradicional.

São os contratos eletrônicos *stricto sensu*, cujo exemplo típico é o contrato de compra e venda de bens duráveis ou não por meio da Internet. O comprador acessa a página da Internet, toma conhecimento da oferta, escolhe o produto e as condições de pagamento, preenche um cadastro com seus dados pessoais e em seguida, mediante um simples *click* do mouse manifesta a sua aceitação, a qual é transmitida de forma instantânea ao provedor do ofertante, que geralmente já está previamente programado para concluir a contratação, gerando um arquivo virtual com as cláusulas e condições da transação.

São contratos eletrônicos propriamente ditos ou contratos eletrônicos *stricto sensu*, muito embora sua execução ainda se dê pelo modo

físico. Pode-se dizer, portanto, que são menos eletrônicos do que os firmados e executados eletronicamente.

Essa espécie de contratação tanto pode se dar entre presentes, quando a máquina do ofertante estiver pré-programada para concluir a transação assim que se der o *click* no mouse do aceitante, como entre ausentes, nas situações em que a manifestação de vontade do aceitante for emitida através de e-mail, como se verá oportunamente.

5.1.3 Contratos firmados e executados por meio eletrônico

Identicamente aos anteriores, estes contratos são eletrônicos desde o seu nascimento, já que as declarações de vontade são transmitidas com o uso de tecnologia digital e o seu respectivo registro ocorre também de modo virtual.

Carregam, contudo, um maior grau de eletronização em relação àqueles, já que além de serem virtuais em sua formação - contratos eletrônicos *stricto sensu* -, são executados pelo modo eletrônico. São contratos intangíveis e imateriais, tanto no que respeita à sua formação quanto na sua execução.

Exemplo típico dessa espécie de contratação ocorre quando um software é adquirido e baixado pela Internet, através de *download*.

A compra de créditos para aparelhos celulares pré-pagos, através da Internet, é outro exemplo típico dessa espécie contratual.

Vale para esta espécie contratual o que foi dito no item anterior acerca da contratação poder dar-se entre presentes ou entre ausentes.

5.2 Classificação quanto à natureza da relação jurídica tutelada

Esta classificação leva em conta a natureza jurídica do direito material envolvido ou a personalidade jurídica das partes contratantes.

Em se tratando de matéria relacionada à informática e à rede mundial de computadores, é comum a adoção de estrangeirismos, tendo a doutrina brasileira convencionado chamar de contratos B2B - *business to business* - aqueles firmados entre duas empresas; B2C - *business to consumer* - os firmados entre uma empresa e um consumidor; C2C ou P2P as transações realizadas por pessoas físicas ou jurídicas fora do âmbito comercial, como ocorre, por exemplo, quando duas pessoas físicas contratam a compra e venda de um veículo usado, através da Internet; G2C e B2G referindo-se os primeiros às transações entre a administração pública e pessoas físicas e o segundo entre pessoas jurídicas e a administração pública; e, finalmente, G2G, que são as transações envolvendo apenas a administração pública.

Vale frisar que nem todas as transações realizadas por meio eletrônico possuem natureza comercial, e mesmo dentre as que são dotadas

de tal natureza há inúmeras que não desembocam na formação de um contrato. Nada obstante, a Lei Modelo da UNCITRAL recomenda e a doutrina convencionou classificar todas as transações realizadas por meio eletrônico como sendo de comércio eletrônico *lato sensu*, reservando a classificação como de comércio eletrônico *stricto sensu* apenas às duas primeiras categorias (B2B e B2C). As demais são classificadas como operações de comércio eletrônico apenas em sentido lato e na maioria das vezes não implicam em atos de contratação propriamente ditos.

De fato, a utilização desse avançado meio digital se expande a cada dia, abrangendo os mais diversos setores de nossa economia e sociedade, inclusive as relações de direito público e de natureza civil. A própria administração pública vem se valendo da rede mundial de computadores para prestar uma série de serviços à população, bem como para praticar atos preparatórios dos procedimentos de licitação. Assim, convencionou-se classificar tais atos como de comércio eletrônico apenas em sentido lato.

É bastante comum, inclusive, a utilização pelo Poder Público das instituições financeiras para a prestação ou mesmo execução de determinados serviços públicos, os quais se dão, em larga escala, através de meios eletrônicos, como se verifica com o pagamento dos diversos benefícios previdenciários e subsídios às populações de baixa-renda (bolsa-família, bolsa escola, etc.).

Por fim, cumpre mencionar a modalidade denominada *peer to peer*, que se caracteriza pela troca de arquivos diretamente entre pessoas que os possuem, em especial arquivos de música, filmes, livros digitalizados e diversos outros tipos de mídias, através de programas de trocas, do qual é exemplo o Napster.

5.3 Classificação quanto à interação entre homem e máquina

Essa classificação toma em conta o grau de interação entre o homem e a máquina, dividindo-se em contratos interpessoais, interativos ou intersistêmicos.

É de grande importância para a constatação da circunstância de o contrato ter sido firmado entre presentes ou entre ausentes.

5.3.1 Contratos interpessoais

Os contratos eletrônicos interpessoais são aqueles em que as mensagens de ambos os contratantes são trocadas de pessoa a pessoa, seja através de *e-mail*, seja pela utilização de programas de troca de mensagens instantâneas (MSN), seja através dos chamados *chats* de bate-papo.

Enquadra-se também nessa espécie de contratação uma compra e venda que seja efetuada por meio de página eletrônica que não esteja

programada para concluir automaticamente a transação, oferecendo apenas um endereço de *e-mail*, um *link* ou outro meio qualquer de comunicação através do qual o oblato possa manifestar sua declaração receptícia de vontade, recebendo, posteriormente, a confirmação ou mesmo instruções de como proceder para concluir o negócio jurídico.

O que caracteriza este tipo de contratação é a intervenção humana em ambos os pólos do contrato. As mensagens são trocadas entre pessoas, à semelhança do que ocorre em uma contratação via telefone, ou mesmo por meio de correspondência epistolar.

Interessante observar que a contratação firmada através de contratos interpessoais poderá dar-se entre presentes, quando se der com o uso de programas de comunicação instantânea, como o MSN ou um *Chat*, ou entre ausentes, quando ocorrer via *e-mail*.

5.3.2 Contratos interativos

Os contratos interativos são aqueles em que a contratação se dá através da interação entre uma pessoa e uma máquina previamente programada para concluir a transação, como se verifica com as páginas das grandes lojas virtuais existentes na Internet, como a *Amazon.com*, *v.g.*

O oblato acessa a página da Internet da loja virtual, escolhe os produtos que deseja adquirir dentre aqueles ofertados, indica a forma de pagamento desejada e em seguida, mediante um simples click no mouse, emite sua declaração receptícia de vontade (aceitação), a qual é transmitida de forma instantânea ao computador do ofertante, formando-se desde logo o contrato.

Para caracterizar um contrato como interativo não basta simplesmente que a oferta esteja inserida em uma página da Internet. É necessário que o computador do ofertante esteja pré-programado para concluir a contratação automaticamente, sem a interferência humana. Caso a página ofereça apenas endereços de *e-mail* ou telefone através dos quais o oblato poderá manifestar sua aceitação, não estará caracterizada esta modalidade e sim a anterior.

O intercâmbio de vontades, conquanto não ocorra de pessoa a pessoa, é instantâneo e evidentemente a contratação não se dá entre a pessoa e a máquina, mas sim entre o oblato e o ofertante, cuja manifestação de vontade já está pré-programada em seus computadores.

5.3.3 Contratos intersistêmicos

Os contratos intersistêmicos são aqueles onde as manifestações de vontade se dão de máquina a máquina. Como já mencionado, é comum nos dias de hoje as grandes corporações utilizarem *softwares* de gestão, os quais, dentre outras funções, promovem o controle de estoque e, tão logo seja verificado que determinado produto esteja

abaixo do mínimo desejado, é efetuado um pedido, automaticamente, a uma outra máquina, que geralmente também possui instalado um *software* de gestão e está pré-programada para concluir a transação, tudo de forma automatizada e sem a interferência humana, a qual, na maioria das vezes só vai ocorrer quando da remessa das mercadorias adquiridas.

A oferta e a aceitação são manifestadas de máquina a máquina, sem a intervenção humana. Na verdade, a manifestação de vontade propriamente dita, no sentido de o comprador formular pedido assim que seus estoques estiverem baixos e do ofertante em atender ao pedido assim que for acionado, por via eletrônica, já está pré-programada, em ambas as máquinas. O que se verifica, nesta fase, é apenas a ocorrência da condição para que a contratação se conclua, ou seja, o baixo nível do estoque.

A exemplo da situação anterior, a contratação não ocorre entre as máquinas, mas sim entre o comprador e o fornecedor, podendo, inclusive, haver um contrato anterior ajustando as condições em que tais contratações serão efetuadas (a mercadoria será fornecida com as alterações que o fabricante promover, pelo preço do dia, mediante determinada forma de pagamento, etc.).

5.4 Classificação quanto à simultaneidade da proposta e da aceitação

Quanto a esse aspecto, os contratos eletrônicos podem ser simultâneos ou *on-line*; ou não simultâneos ou *off-line*.

Simultâneos, ou *on-line*, são os contratos em que as manifestações de vontade (oferta e aceitação) são transmitidas de forma instantânea e, portanto, são considerados como celebrados entre presentes, à vista do disposto no artigo 428, I, do Código Civil vigente.

Nessa modalidade se enquadram, dentre outros, os contratos em que as manifestações de vontade sejam emitidas através do uso de *softwares* de comunicação instantânea (ICQ, MSN, etc.), ou nos casos em que a página do ofertante esteja programada para concluir a transação assim que o aceitante der um *click* em seu *mouse* (contratos interativos).

Não simultâneas ou *off-line* são as contratações em que as manifestações de vontade (oferta e aceitação) não são transmitidas de forma instantânea, diferindo no tempo a sua chegada ao conhecimento do ofertante.

Enquadram-se nesta espécie as contratações formalizadas através de *e-mail* ou de páginas não interativas, *v.g.* (contratações interpessoais).

É a versão moderna dos contratos firmados através de "correspondência epistolar" de que cuidava o artigo 1.086 do Código Civil de 1916, e que no Código Civil atual o legislador substituiu pela expressão "entre ausentes".

Nesta classificação não se enquadram, em princípio, os contratos interstêmicos, dadas as peculiaridades de que se revestem, em especial a existência de um 'contrato mãe', firmado anteriormente, através do qual são fixadas as regras gerais que irão nortear as sub-contratações firmadas por aquela modalidade, dependendo a sua classificação do que restar nele acordado a esse respeito.

6 Formação dos contratos eletrônicos

Tendo em vista as peculiaridades dos contratos eletrônicos, necessário se faz uma análise acerca de alguns de seus elementos de formação.

6.1 Momento da formação dos contratos eletrônicos

Em se tratando de contratos eletrônicos firmados entre presentes (*on-line*), o momento da formação se dá com a aceitação do oblato, que deverá ser imediata, sob pena de deixar de ser obrigatória. Vale destacar que o fato de a oferta estar disponível na Internet não desnatura essa regra.

Já os contratos eletrônicos firmados entre ausentes (*off-line*) serão considerados celebrados a partir da expedição da aceitação pelo oblato, com as ressalvas constantes dos incisos II, III e IV do artigo 428 do Código Civil.

Dizem os incisos II, III e IV daquele artigo que a proposta deixa de ser obrigatória "se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;" "se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;" e "se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente."

Nas contratações firmadas por *e-mail*, a segurança acerca do efetivo recebimento da mensagem de aceitação pelo ofertante ainda não atingiu o grau de confiabilidade desejada, o que pode gerar uma série de indagações quanto à obrigatoriedade ou não da aceitação manifestada por essa via quando, por problemas de ordem técnica, a mensagem não chegar ao seu destino ou chegar com atraso.

Em verdade, até mesmo a aferição da identidade de quem efetivamente enviou a mensagem pode não ser tarefa tão simples quanto parece, já que alguns provedores ainda permitem a criação de uma conta de *e-mail* sem uma identificação mais criteriosa do titular, de modo que é possível, em tese, que alguém crie uma conta de e-mail em nome de outrem e a utilize para as mais diversas finalidades, inclusive firmar contrato.

Este é um dos aspectos dos contratos eletrônicos que ainda apresentam grande vulnerabilidade, seja pela ausência de instrumentos tecnológicos adequados e suficientes a inibir situações desse jaez, seja

pela ausência de positivação, que sob tal aspecto nos parece imprescindível, tanto assim que o Projeto de Lei nº 4.906-A de 2001 (PLS nº 672/1999), que tramita no Congresso Nacional, dedica todo o seu capítulo III a essa temática.

Sob tal aspecto, por ora, o que se pode recomendar é cautela, tanto ao ofertante quanto ao oblato, seja o primeiro emitindo mensagem de confirmação, seja o segundo reenviando a mensagem quando suspeitar que algum problema possa ter ocorrido com o envio da primitiva, o que, de todo modo, por certo não será suficiente, mas pode amenizar ao menos em parte a ocorrência de problemas nessa via de contratação.

6.2 Local da formação dos contratos eletrônicos

Conforme leciona Orlando Gomes (2001, 52), "O contrato entre pessoas presentes forma-se onde elas se encontram. O que se realiza entre pessoas distantes uma da outra, no lugar em que foi proposto. Interessa saber onde os contratos se formam, dentre outras razões, para determinar o foro competente e, no campo do Direito Internacional, a lei reguladora."

De fato, em relação aos contratos formalizados entre pessoas presentes fisicamente, considera-se como local de sua formação aquele onde as partes se encontrem no momento da conclusão.

Para aquelas avenças firmadas "por telefone ou por meio de comunicação semelhante"¹³, ai incluídos os contratos eletrônicos em que a manifestação de vontade é transmitida de forma instantânea (*on-line*), os quais por ficção legal são consideradas como celebradas entre presentes, e que as partes contratantes se encontrem na mesma localidade, esta será o local da formação.

Portanto, um contrato eletrônico firmado entre presentes (*on-line*), através de uma página eletrônica hospedada na mesma localidade em que reside o aceitante e cujo ofertante tenha domicílio nesta mesma localidade, nela será considerado firmado.

Já para aqueles contratos eletrônicos em que o ofertante se encontre em uma determinada localidade ou mesmo estado, e o aceitante se encontre em uma localidade diversa, mas que a declaração de vontade seja transmitida "por telefone ou por meio de comunicação semelhante" (*on-line*), identicamente considerado por ficção legal como celebrado entre presentes, reputar-se-á formalizado o contrato no local onde ocorreu a oferta, conforme se depreende do artigo 435 do Código Civil.

O contrato eletrônico celebrado entre ausentes (*off-line*)¹⁴, por sua vez, reputar-se-á celebrado no lugar em que foi proposto.

Essas são as regras a serem observadas quando as partes contratantes forem domiciliadas no território nacional.

Quando um dos contratantes for "residente" em território estrangeiro, aplica-se o disposto no § 2º do artigo 9º da LIC¹⁵, segundo o qual a

obrigação decorrente de contrato reputa-se celebrada no local em que residir o proponente, tanto para os casos de contratos firmados entre ausentes (*off-line*), como para aqueles firmados entre presentes apenas por ficção legal (*on-line*), já que as partes encontram-se fisicamente distantes.

Tais regras, conquanto sejam de uma clareza palmar, em se tratando de contratos eletrônicos firmados através da rede mundial de computadores, podem trazer sérias dúvidas acerca do local de sua concretização.

Imagine-se uma página de *e-commerce* interativa de uma empresa que tenha sua sede física na Alemanha e que esteja hospedada em um provedor cujo servidor esteja localizado fisicamente na Costa do Marfim e cuja sede seja no Canadá. Alguém aqui do Brasil acessa essa página e formaliza um contrato eletrônico de compra e venda *on-line*. Pergunta-se: Qual o local da contratação? Qual a legislação que irá reger a avença?

Este realmente é outro dos aspectos vulneráveis do comércio eletrônico, em relação ao qual nos parece indispensável a normatização. Na verdade, se a página do ofertante não trazer informações claras e precisas a seu respeito, fica difícil para o aceitante saber o local em que a contratação será considerada firmada e, portanto, a legislação aplicável à espécie.

O Projeto de Lei nº 4.906-A de 2001, que tramita no Congresso Nacional, em seu artigo 24 assevera que "Uma mensagem eletrônica se considera expedida e recebida nos locais onde o remetente e o destinatário têm seus estabelecimentos, respectivamente. Parágrafo único. Para os fins do disposto neste artigo: I - se o remetente ou o destinatário tem mais de um estabelecimento, considera-se aquele que guarda relação mais estreita com a transação subjacente ou, inexistindo esta, o seu estabelecimento principal; II - se o remetente ou o destinatário não possui estabelecimento, considera-se, para os fins deste artigo, o local de sua residência habitual."

O artigo 4º do PLC nº 1.589/1999, que se encontra apensado ao PLC nº 4906/2001 (PLS nº 672/1999) em trâmite no Congresso, acerca dessa temática, prevê que: "A oferta de contratação eletrônica deve conter claras e inequívocas informações sobre: a) nome do ofertante e o número de sua inscrição no cadastro geral do Ministério da Fazenda, e ainda, em se tratando de serviço sujeito a regime de profissão regulamentada, o número de inscrição no órgão fiscalizador ou regulamentador; b) endereço físico do estabelecimento; c) identificação e endereço físico do armazenador; d) meio pelo qual é possível contatar o ofertante, inclusive correio eletrônico; e) o arquivamento do contrato eletrônico, pelo ofertante; f) instruções para arquivamento do contrato eletrônico, pelo aceitante, bem como para sua recuperação, em caso de necessidade; e g) os sistemas de segurança empregados na operação."

A aprovação dos referidos projetos de lei, conquanto não resolva todos os problemas advindos do comércio eletrônico, já que em face da globalização dos mercados e da facilidade de contratação com ofertantes com sede no estrangeiro, dependerá da positivação da matéria nos demais países onde isso ainda não ocorreu, já será um grande alento. Só nos resta esperar que os Congressistas finalmente tomem consciência da importância de que se reveste a regulamentação do comércio eletrônico e os projetos em tramitação sejam convertidos em lei no menor espaço de tempo possível.

6.2.1 Jurisdição e foro dos contratos eletrônicos

Segundo De Plácido e Silva (2002, 466), a palavra jurisdição, que deriva do latim *jurisdictio* (ação de administrar a justiça, judicatura), sendo formada, como se vê, das expressões *jus dicere, juris dictio*, é usada para designar "as atribuições especiais conferidas aos magistrados, encarregados de administrar a justiça. Assim, em sentido eminentemente jurídico ou propriamente forense, exprime a extensão e o limite do *poder de julgar* de um juiz."

Para Humberto Theodoro Júnior (2001, 36), "em vez de conceituar a jurisdição como poder, é preferível considerá-la como função estatal e sua definição poderia ser dada nos seguintes termos: jurisdição é a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida."

Acerca do conceito tradicional de jurisdição, Alexandre Ateniense (2004) aduz que:

Respaldado na síntese de renomados juristas, podemos concluir, portanto, que jurisdição é poder, função e atividade inerente ao Estado, devendo este aplicar o direito ao fato concreto buscando solucionar os conflitos existentes.

A manifestação do jus imperium estatal se expressa através da sua capacidade de decidir e impor suas decisões perante a população obediente à sua soberania consubstanciada a um determinado território geográfico, promovendo a harmonização de conflitos mediante a realização do Direito justo. O poder estatal é delegado às autoridades judiciais e às autoridades administrativas que se incumbem de legitimar seus atos de forma transparente através do devido processo legal.

De acordo com o artigo 1º do CPC "A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece".

A questão da jurisdição, em se tratando de comércio eletrônico, constitui tema de alta indagação, já que o conceito tradicional de jurisdição, tal qual o conhecemos, assenta-se no pressuposto da soberania do Estado, ou seja, é exercida nos limites do território nacional, salvo as poucas exceções discriminadas na Constituição.

A jurisdição, assim, encontra limites exatamente onde começa a jurisdição dos outros Estados. Como a Internet não se detém por barreiras políticas, o resultado é que hoje é perfeitamente possível contratar, literalmente, com alguém que se encontre em qualquer lugar do mundo, o que pode gerar inúmeros dissabores, já que, em termos práticos, de pouca ou nenhuma valia será o consumidor tomar conhecimento de que poderá discutir a compra e venda de uma impressora de computador, por exemplo, diante de um tribunal sediado em Hong Kong. O custo-benefício inviabiliza a busca da reparação do direito lesado.

Alexandre Ateniense (2004), no já mencionado artigo denominado 'A jurisdição no ciberespaço', registra que:

(...) alguns observadores ingleses e norte-americanos, estudiosos do tema denominado Law of the Cyberspace, acreditam que a Internet poderia ou deveria ser auto-regulamentada, sob o argumento de que a legislação aplicável à solução dos conflitos inevitavelmente seria inerente a uma instituição específica de uma determinada Nação, e isto seria menos efetivo e apropriado do que se buscar construir centros de arbitragem ou mediação para apreciar os problemas oriundos do Federalismo Eletrônico. Demais disso, a observância do princípio de que a Jurisdição pressupõe a existência de um território em que será exercida merecerá uma reavaliação diante de múltiplas relações que os indivíduos instauram através da Internet, independentemente de aspectos geográficos. Nesta perspectiva, autores como o inglês Cliff Dilloway e o Professor norte-americano David Post, vislumbram a perspectiva de que a Internet deveria, ao menos potencialmente, possuir sua própria jurisdição, sem ser atrelada a padrões de territórios geográficos, ou qualquer outro meio físico e virtualmente sem soberania de países. É bem verdade que, em se tratando de Internet, o conceito tradicional de soberania, que preceitua que o Estado deverá exercer sua autoridade plena e governo próprio dentro do território nacional e em suas relações com outros Estados, deverá ser reavaliado. Isto porque

uma das características principais da grande rede é que o indivíduo instaura múltiplas relações por meio eletrônico, sem que o Estado possa efetivamente controlá-lo. Exemplificando, como o Estado poderia exercer a sua autoridade soberana e controlar todos os atos de seus cidadãos praticados pelo meio eletrônico. Se um cidadão brasileiro opta por apostar, através do seu computador pessoal, em páginas de cassinos virtuais na Internet, o Estado estará muitas vezes incapacitado soberanamente de controlar a prática desta contravenção penal.

É aquele mesmo autor quem traz à colação decisão do STJ, no REsp nº 63.981/SP, em que, conquanto o tema não esteja ligado ao comércio eletrônico, levando em conta a crescente globalização da economia mundial, aquele Tribunal determinou que, embora o autor da referida ação tenha adquirido uma filmadora no estrangeiro, as empresas brasileiras que representam a marca no Brasil têm a obrigação de prestar assistência técnica ao produto, em caso de defeito. Confirma-se a ementa oficial:

*Direito do consumidor. Filmadora adquirida no exterior. Defeito da mercadoria. Responsabilidade da empresa nacional da mesma marca ("Panasonic"). Economia globalizada. Propaganda. Proteção ao consumidor. Peculiaridades da espécie. Situações a ponderar nos casos concretos. Nulidade do acórdão estadual rejeitada, porque suficientemente fundamentado. Recurso conhecido e provido no mérito, por maioria.
(D.J. 20/11/2000)*

A jurisdição, como se vê, a exemplo de inúmeros outros institutos jurídicos, está a carecer de uma releitura e de uma reinterpretação de seu conceito e alcance, à luz de uma visão menos vinculada ao poder estatal limitado pela territorialidade, o que somente poderá se verificar com o empenho e a adesão de todos os países, ou ao menos daqueles mais desenvolvidos.

Como visto, jurisdição "é a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva" (CHIOVENDA, 1942, 11).

A competência, por sua vez, nada mais é do que a quantidade de jurisdição atribuída a cada juízo. Conquanto a jurisdição seja uma, por uma questão de ordenamento dos trabalhos decorrentes de seu exercí-

cio, é fixada a quantidade de jurisdição afeita a cada juiz, segundo critérios territoriais, materiais ou ainda relativos à natureza das pessoas envolvidas na lide.

Como a competência nada mais é do que a delimitação da parcela de jurisdição atribuída a cada juiz, seu exercício está intimamente ligado à soberania do Estado e, via de consequência, à extensão territorial deste.

Em assim sendo, tudo o que foi observado em relação à jurisdição, no que concerne ao comércio eletrônico, vale também para a competência.

Nessa linha de pensamento, quando as lides acerca do comércio eletrônico forem travadas entre litigantes domiciliados no Brasil, as regras incidentes são as mesmas que vigorariam para os negócios jurídicos da mesma natureza, firmados pela via tradicional.

De acordo com o disposto no artigo 94 do CPC:

A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu.

§ 1º. Tendo mais de um domicílio, o réu será demandado no foro de qualquer deles.

§ 2º. Sendo incerto ou desconhecido o domicílio do réu, ele será demandado onde for encontrado ou no foro do domicílio do autor.

§ 3º. Quando o réu não tiver domicílio nem residência no Brasil, a ação será proposta no foro do domicílio do autor. Se este também residir fora do Brasil, a ação será proposta em qualquer foro.

§ 4º. Havendo dois ou mais réus, com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor.

Em se tratando de contrato eletrônico que tenha por objeto direito pessoal ou real sobre bem móvel, e cujas partes tenham domicílio no território brasileiro, a regra é a de que o foro competente será o domicílio do réu.

Para as ações fundadas em direito real sobre imóveis, é competente o foro da situação da coisa, podendo o autor, entretanto, optar pelo foro do domicílio ou de eleição, não recaindo o litígio sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova.

Se a relação contratual eletrônica for de consumo, a regra é a inserta no artigo 101, I, do CDC, segundo a qual "a ação pode ser proposta no domicílio do autor".

Nos contratos eletrônicos internacionais, segundo dispõe o artigo 12 da Lei de Introdução ao Código Civil, "É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui

tiver de ser cumprida a obrigação", sendo que no caso de ações que tenham por objeto bens imóveis localizados no Brasil, competente será sempre a justiça brasileira para solucionar o litígio.

Há, ainda, a possibilidade das partes contratantes elegerem o foro onde poderão ser dirimidos os conflitos advindos da contratação, desde que se trate de competência relativa e não implique em cerceio do direito de defesa da parte reputada mais frágil na relação contratual.

Torna-se cada dia mais comum, por outro lado, as partes elegerem juízes ou tribunais arbitrais, especialmente nos contratos B2B.

7 Validade dos contratos eletrônicos

Humberto Theodoro Júnior (2001, 460), citando Carnelutti, define documento como sendo "(...) uma coisa capaz de representar um fato", conceito este bastante amplo, já que não se limita aos documentos materializados em papel, mas a "uma coisa", capaz de representar um fato.

Ainda segundo ele (THEODORO JÚNIOR, 2001, 460), o termo documento pode ser conceituado em sentido lato ou em sentido estrito. Nesse contexto, documento:

É o resultado de uma obra humana que tenha por objetivo a fixação ou retratação material de algum acontecimento.

Contrapõe-se ao testemunho, que é o registro de fatos gravados apenas na memória do homem.

Em sentido lato, documento compreende não apenas os escritos, mas toda e qualquer coisa que transmita diretamente um registro físico a respeito de algum fato, como os desenhos, as fotografias, as gravações sonoras, filmes cinematográficos etc.

Mas, em sentido estrito, quando se fala da prova documental, cuida-se especificamente dos documentos escritos, que são aqueles em que o fato vem registrado através da palavra escrita, em papel ou outro material adequado.

Observa-se, contudo, que mesmo ao restringir o alcance do termo documento fazendo referência à sua conceituação em sentido estrito, referido autor não limita a abrangência do conceito estrito apenas aos documentos materializados em papel, deixando margem para a produção de prova documental "em outro material adequado."

Fabiele Behrens (2005), em percuciente dissertação de mestrado intitulada "A assinatura eletrônica como requisito de validade dos negócios jurídicos e a inclusão digital na sociedade brasileira", de forma profunda, aborda a questão da validade dos documentos digitais. Para

ela, inicialmente, é essencial que seja feita a distinção entre ato, fato e negócio jurídico. Segundo ela, o negócio jurídico relaciona-se diretamente com o estudo da declaração de vontade destinada ao alcance de certo objetivo ou efeito jurídico.

Sobre as declarações de vontade, emitidas na formação dos contratos eletrônicos, cita a referida mestrandia (BEHRENS, 2005) a lição de José Lawand, no sentido de que:

(...) a declaração de vontade emitida eletronicamente não é outra coisa senão uma mensagem de dados, com variedades de configurações, dependendo do sistema (...) aliada a métodos de assinatura eletrônica, como a criptografia com chaves duplas, que contém a vontade de comprometer-se do seu iniciador e signatário num caso concreto.

A função básica do documento, independentemente de qual seja a sua forma, é manter o registro, fiel, confiável e seguro de um fato ou negócio jurídico.

Citando Augusto Tavares Rosa Marcacini, sustenta (BEHRENS, 2005) que, para a compreensão do conceito de documento eletrônico:

"(...) se deve analisá-lo com um grau significativo de abstração. Assim, observando-se o documento tradicional, pode ser identificado um apanhado de átomos, micro-partículas que unidas formam um objeto (papel) com a possibilidade de transmissão de informações. E, por outro lado, o documento eletrônico reconhecido pela formação de uma seqüência de bits, que por meio de computador e do programa adequado permite a transmissão de informações. Assim, ao se conceituar o documento digital, pode-se defini-lo como uma espécie de representação da realidade, sob o aspecto gráfico, sonoro, impresso ou qualquer outra forma, desde que permita garantir certeza, impossibilidade de mudança (no caso de mudança passa a ser identificável) e determinação dos sujeitos. O conceito jurídico de documento trata da representação material que visa produzir ou re-produzir certa manifestação de pensamento, sendo referente aos mais variados assuntos. E, tal manifestação do pensamento pode ou não prescindir de uma assinatura, conforme ensina Giuseppe CHIOVENDA (1994, p. 83) (...) Por analogia o documento eletrônico pode ser considerado como uma espécie de representação material de certa manifestação de pen-

samento, porém, fixada num ambiente eletrônico. Ou seja, não há visualização deste documento sob a forma escrita, e nesse sentido afirma Katya Regina ISAUGUIRRE (2002, p. 55) que 'os documentos eletrônicos propriamente ditos são aqueles que se formam e são entabulados por meio de processos eletrônicos, como a Internet.' Portanto, inafastável o fato de que, em nenhuma das análises sobre a definição de documento indica-se apenas a necessidade da utilização de papel, ou seja, fixou-se no aspecto material do conhecimento ou da informação. A questão do papel foi apenas uma questão de usos e costumes, e assim aderiu à noção de documento erroneamente."

O que se observa em termos de negócios jurídicos firmados por meio eletrônico é a dificuldade de sua aceitação, não em face de vedação legal mas sim em decorrência do arraigado apego à tangibilidade do documento sob a forma impressa ou escrita em papel.

Em termos jurídicos, a função principal de um documento, seja expresso em papel ou em outro meio não vedado legalmente, é a de constituir prova do fato jurídico nele expresso.

Para uma melhor compreensão acerca dos documentos eletrônicos, se faz necessária uma análise acerca da distinção entre os aspectos representativo, que nada mais é do que a base física na qual se encontram inseridas, gravadas, as informações; e o representado, que é a informação propriamente dita, gravada em um meio físico.

Humberto Theodoro Júnior (2001, 461) observa "(...) no documento duplo aspecto: o fato representativo, que é o próprio documento em seu aspecto material; e o fato representado, que é o acontecimento nele reproduzido." Alguns preferem denominar o fato representativo de continente e o fato representado de conteúdo.

A questão que envolve a aceitação ou não do documento eletrônico como forma de armazenamento de informações diz respeito, precipuamente, ao aspecto representativo (continente), uma vez que superado este óbice, a análise do fato nele representado (conteúdo) pouco ou nada irá diferir da análise das informações armazenadas em meio físico, que se limitarão aos pressupostos fáticos necessários à validade do negócio jurídico.

Uma vez constatado que o armazenamento da informação foi realizado de forma segura e capaz de manter a sua integridade, o que, modernamente é feito por meio da adoção de encriptação, uso de chaves certificadas digitalmente e assinatura digital, o exame das informações armazenadas se limitará à análise da validade e legalidade do negócio jurídico.

A evolução história acabou sedimentando na mente humana a idéia de que o continente e o conteúdo do documento são indissociáveis, o que não é verdade. Isso decorreu, em grande parte, da ausência de tecnologia segura e confiável que possibilitasse o armazenamento de informações. O suporte mais conhecido e difundido de armazenamento de informações foi, sem dúvida, o papel. Tanto é verdade que quando se fala em documento, o que nos vem à mente, imediatamente, é a informação escrita ou impressa em papel.

Contudo, vivemos uma nova era, com muita propriedade denominada por alguns como a era da informação, em que o papel vem perdendo rapidamente sua importância como suporte de armazenamento de informações, já que hoje estão disponíveis sistemas seguros, que proporcionam a manutenção da integridade das informações geradas e armazenadas sob a forma de bits. Os sistemas de criptografia, associados às chamadas chaves públicas e assinaturas digitais permitem, hoje, a criação e o armazenamento seguro de documentos eletrônicos.

A barreira cultural à adoção da gravação de informações em meio eletrônico continua a ser um dos principais obstáculos à aceitação dessa novel modalidade de documento, a qual, contudo, vem perdendo força diante das inegáveis vantagens do documento eletrônico, que proporciona o armazenamento de informações a um custo muito mais baixo, de forma que já pode ser considerada segura, duradoura, e de quebra politicamente correta, já que minimiza o sacrifício de nossas florestas.

A Lei Modelo da UNCITRAL recomenda que não seja negada validade aos documentos eletrônicos pelo simples fato de se apresentarem na forma digital.¹⁶

O próprio Código Civil vigente, embora não tenha feito referência expressa aos contratos eletrônicos, fê-lo indiretamente ao discriminar as situações em que as contratações se dão entre presentes ou entre ausentes, quando, no artigo 428, I, parte final, estabelece que "Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante".

Por meio do artigo 212, II, c/c o artigo 225 do Código Civil, é atribuído valor probante aos documentos eletrônicos, "se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão".

Já o artigo 889, § 3º, do Código Civil, conquanto não trate das obrigações contratuais, atribui validade à emissão de títulos de crédito por meio eletrônico, positivando a chamada desmaterialização dos títulos de crédito, o que bem evidencia a validade da via eletrônica como meio de formalizar contratos.

Constata-se, portanto, dos dispositivos legais acima transcritos, que conquanto o legislador do Código Civil de 2002 tenha perdido a oportunidade de dotar nosso sistema jurídico de uma legislação moderna e

atual acerca do comércio eletrônico, esta novel modalidade de contrato não passou despercebida do legislador daquele diploma civil.

8 Contratos bancários eletrônicos

Tecidas essas breves considerações acerca da novel normatização dos contratos no Código Civil vigente, bem como analisados os principais aspectos dos contratos bancários e dos contratos eletrônicos, resta examinar o contexto em que se enquadram os contratos bancários eletrônicos frente ao nosso ordenamento jurídico.

Pela própria natureza das atividades desenvolvidas, o segmento bancário brasileiro foi um dos precursores na utilização das novas tecnologias digitais. A necessidade de agilidade e confiabilidade na prestação dos serviços bancários, aliada à redução de custos proporcionada pela adoção de novas tecnologias, levou o setor bancário a investir pesadamente na informatização de suas atividades, o que acabou gerando uma redução de cerca de 50% somente em termos de postos de trabalho naquele segmento. Os altos índices inflacionários também contribuíram decisivamente para o elevado índice de informatização do setor bancário, já que em tempos de inflação alta, o eventual atraso na conclusão de alguma operação de valor elevado, devido a erro humano, poderia implicar grandes perdas financeiras.

As novas tecnologias foram agregadas com o firme propósito de esvaziar as dependências físicas das agências bancárias, fazendo com que os próprios clientes, através do uso de terminais de auto-atendimento instalados em locais estratégicos, ou do chamado *home banking*, cujo acesso se dá através da Internet, possam, a qualquer hora do dia ou da noite, sem enfrentar filas e sem sequer precisar sair de casa, efetuar as mais diversas espécies de transações bancárias, tais como pagamentos, transferências, aplicações financeiras, empréstimos, etc.

Para que se tenha uma idéia do grau de sofisticação da tecnologia posta à disposição dos clientes pelo setor bancário brasileiro, basta que se diga que o Bradesco, um dos maiores bancos privados do país, disponibiliza para seus clientes canal de atendimento via *home banking* com a utilização de programa de reconhecimento de voz, para uso de deficientes visuais.

A utilização cada vez mais freqüente do cartão de débito, por sua vez, vem proporcionando uma drástica redução no número de cheques emitidos, revelando-se uma forma de pagamento rápida e eficaz. Com ela, o cartão da conta bancária de depósitos do cliente é utilizado para debitar diretamente da sua conta o valor do pagamento efetuado, através de terminais instalados nos pontos comerciais, transferindo a importância debitada diretamente para a conta do credor.

A própria cobrança de duplicatas pela via eletrônica hoje é uma realidade incontestável. Não é mais necessário o envio do título físico

para que o banco promova a cobrança. O empresário registra em sua contabilidade a duplicata e envia, eletronicamente, apenas os dados a ela referentes, à vista dos quais o banco gera um boleto de cobrança, e tão logo seja esta concretizada, o valor é creditado diretamente na conta do sacador. Na hipótese do pagamento do boleto ocorrer mediante débito automático na conta do sacado, a execução do serviço se dá de forma totalmente eletrônica e intersistêmica. Isso tudo com respaldo no que dispõe o artigo 889, § 3º, do Código Civil vigente.

Evidentemente que para se atingir tal patamar de desenvolvimento, foi necessário investir pesadamente no item segurança.

O setor bancário, pela própria natureza de sua atividade, sempre foi alvo da cobiça daqueles que buscam ganho fácil, sem se preocupar com a legalidade de suas ações. E isso vale tanto para o mundo real quanto para o mundo virtual. Isso levou o setor a investir pesadamente no desenvolvimento de ferramentas que possibilitassem a utilização da via eletrônica como forma de efetuar transações bancárias.

O resultado é que hoje existem sistemas bastante seguros, que tem possibilitado a disseminação cada vez maior do uso dos chamados canais alternativos de atendimento nas relações cliente e banco. É evidente que no mundo digital, assim como no mundo físico, sempre haverá a possibilidade de fraudes. Contudo, o nível de confiabilidade atingido permite dizer que se podem realizar transações bancárias por meio eletrônico sem correr riscos maiores do que se correria efetuando transações não eletrônicas.

De fato, apesar do número impressionante de transações bancárias realizadas diariamente por via eletrônica, o percentual de fraudes é relativamente baixo, o que bem demonstra a evolução e a eficácia dos sistemas de segurança desenvolvidos.

8.1 Classificação dos contratos bancários eletrônicos

No presente tópico, procurar-se-á classificar os contratos bancários eletrônicos genericamente, tomando-se por base a classificação dos contratos eletrônicos proposta no item 4.1 e seus subitens.

Mais adiante, se procurará classificar os contratos bancários eletrônicos por espécie, ressaltando as principais características de cada tipo contratual, à luz daquela mesma classificação.

8.1.1 Classificação dos contratos bancários eletrônicos quanto ao seu grau de eletronização

Os contratos bancários eletrônicos, de um modo geral, são eletrônicos apenas na sua execução, ou eletrônicos lato sensu, já que a contratação propriamente dita, via de regra, ocorre em meio físico. E isso se dá tanto por razões de ordem legal, como se verá mais adiante,

como pela própria natureza das relações jurídicas estabelecidas entre cliente e banco, que pressupõem a fidúcia, aferida através de dados e informações obtidos mediante a apresentação de documentos físicos comprobatórios (comprovante de renda, de residência, da propriedade de bens, etc).

E mesmo a execução dos contratos bancários dificilmente ocorre totalmente pela via eletrônica, pois embora hoje seja menos freqüente a presença dos clientes nas agências bancárias, algumas operações ainda não prescindem de uma tradicional visita à agência da qual se é cliente, como para se promover a contra-ordem ao pagamento de um cheque, por exemplo.

Pode-se dizer, sob tal aspecto, que os contratos bancários eletrônicos enquadram-se, grosso modo, na categoria daqueles firmados pelo modo tradicional e parcialmente executados eletronicamente.

8.1.2 Classificação dos contratos bancários eletrônicos quanto à natureza da relação jurídica tutelada

Sob este aspecto os contratos bancários eletrônicos podem ser firmados nas categorias B2B - business to business - que são aqueles firmados entre uma instituição financeira e uma empresa; B2C - business to consumer - que são os firmados entre uma instituição financeira e um consumidor; e B2G, estes firmados entre uma instituição financeira e a administração pública.

8.1.3 Classificação dos contratos bancários eletrônicos quanto à interação entre homem e máquina

De um modo geral, os contratos bancários eletrônicos, em especial no que concerne à sua execução, são interativos, com o cliente acessando o *home banking* através da Internet, ou mesmo mediante o uso de terminais de auto-atendimento, e concluindo a transação com um simples *click do mouse*, no caso do *home banking*, ou o acionamento da tecla de confirmação no caso dos terminais de auto-atendimento. A grande massa das transações bancárias eletrônicas, ou tecnicamente falando da execução dos contratos bancários eletrônicos ocorre desse modo, ou seja, pela forma interativa. Entrementes, nada impede que algumas transações sejam concluídas através do envio de mensagens de e-mail, ou mesmo pelo uso de outras formas de transmissão, como os *softwares* de comunicação instantânea o que, aliás, não é nada incomum nos dias de hoje.

A execução das operações bancárias, pelas formas interativa e interpessoal, predomina nas relações B2C - *business to consumer*.

Nas relações B2B - *business to business* e B2G, além das execuções pelas formas interativa e interpessoal, é comum a execução dos contratos bancários eletrônicos pela via intersistêmica. Isso ocorre tanto com a

cobrança eletrônica de duplicatas como com o crédito da folha de pagamento das empresas nas contas dos seus empregados, em que os clientes enviam arquivos magnéticos contendo os dados das duplicatas a serem cobradas ou das contas de salário dos empregados a serem creditadas e o sistema do banco, ao receber tais arquivos, processa os dados neles contidos e executa as operações de cobrança, débito e crédito, automaticamente.

Pode-se dizer, portanto, que quanto à interação entre homem e máquina, os contratos bancários eletrônicos tanto podem ser interpessoais, quanto interativos e intersistêmicos, estes predominantemente quando se tratarem de ralações B2B - *business to business* e B2G.

8.1.4 Classificação dos contratos bancários eletrônicos em espécie

Como visto, o contrato de depósito em conta é a espécie contratual mais comum firmada entre uma instituição financeira e seus clientes. Por meio dele, o cliente entrega ao banco determinada quantia em dinheiro ou valores mobiliários e este se obriga a restituir a quantia depositada quando solicitado pelo cliente.

A operacionalização do depósito bancário se dá com a abertura de uma conta-corrente, a qual possibilita a movimentação dos valores depositados.

A partir da edição da Lei nº 9.613, de 13 de março de 1998, que "Dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências", as instituições financeiras passaram a ter a obrigação legal de identificar seus clientes e manter registros atualizados de seus dados.

É o que se verifica do disposto no artigo 10¹⁷ da referida Lei. Desse modo, a formalização do contrato de depósito bancário e a conseqüente abertura de conta-corrente bancária somente podem se efetivar mediante o comparecimento do cliente na agência em que pretende abrir a conta de depósito, onde deverá identificar-se e fornecer seus dados pessoais e ainda apresentar cópias de seu documento de identidade e da sua inscrição no CPF - Cadastro de Pessoas Físicas da SRF, sob pena de serem imputadas às instituições financeiras que descumprirem tal determinação as penalidades constantes do rol do artigo 12¹⁸ daquele diploma legal.

É bem verdade que algumas instituições financeiras possibilitam que através de suas páginas da Internet o futuro cliente dê entrada em seu pedido de abertura de conta de depósitos. Contudo, a contratação em si somente se concluirá com o comparecimento do candidato a cliente à agência bancária selecionada e a apresentação da documentação necessária.

Outra razão pela qual o contrato de depósito em conta bancária não pode ser formalizado por via eletrônica é a necessidade de fornecimento de padrões gráficos da assinatura do contratante para que seja possível a conferência da assinatura aposta nas futuras ordens de pagamento emitidas por ele, inclusive mediante o uso de cheques.

Esses padrões de assinatura, uma vez fornecidos, hoje em dia são digitalizados e mantidos em arquivos magnéticos, para futuras conferências, o que não torna prescindível o comparecimento do cliente à agência para o fornecimento dos padrões e a conferência destes com o aposto em seu documento de identidade.

Futuramente, com o desenvolvimento de novas tecnologias, em especial a certificação e a assinatura digital, é possível se vislumbrar a possibilidade de o cliente instituir uma conta bancária sem precisar comparecer à agência.

Por ora, os contratos de depósito em conta bancária só se formalizam por meio físico, sendo necessário o comparecimento do futuro cliente à agência para a abertura da conta, não sendo possível a sua concretização por meio eletrônico.

Com a modernização de alguns órgãos judiciais, como é exemplo a criação dos Juizados Especiais Federais Virtuais, é bem possível que muito em breve as contas-correntes de depósito bancário destinadas a receber depósitos judiciais possam ser instituídas por via eletrônica, já que nesta modalidade só podem ser movimentadas mediante alvará judicial.

Por ora, a regra é a abertura física para todas as modalidades.

Já a execução dos contratos de depósito bancário mediante a movimentação da conta, via de regra, é efetuada, ao menos parcialmente, pela via eletrônica.

A movimentação eletrônica tanto pode abranger os débitos quanto os créditos a serem efetuados na conta, assim como a solicitação de serviços bancários, tais como a requisição de talão de cheques, etc.

Essas transações eletrônicas costumam se dar pela forma interativa e nas modalidades B2B, B2C e B2G.

Como dito anteriormente, tornou-se comum as instituições financeiras, concomitantemente com a abertura da conta de depósitos bancários, fazerem um levantamento cadastral do cliente e definirem desde logo um limite global de crédito a ser posto à sua disposição.

Definido o limite global de crédito, é firmado um 'contrato mãe' e em seguida são postas à disposição do cliente diversas modalidades de crédito, as quais poderão ser efetivamente contratadas conforme as necessidades e a vontade do cliente.

Nessa modalidade de contratação o cliente pode, a qualquer momento, acessar os sistemas de auto-atendimento do banco, inclusive o *home banking*, através da Internet, e escolher o valor da operação, as condições de pagamento e a data de vencimento das prestações. Em seguida, basta inserir sua senha pessoal e finalizar a operação para que

o valor emprestado seja imediatamente creditado em sua conta de depósitos.

Essas transações costumam se dar pela forma interativa e nas modalidades B2B e B2C, sendo recomendável a emissão de Cédula de Crédito Bancário como forma de viabilizar futura execução judicial, em caso de inadimplemento, já que alguns Tribunais ainda resistem em lhe emprestar idoneidade para aparelhar até mesmo ação monitoria, conforme demonstrado.

Essa modalidade de contratação possui um elevado grau de eletronização, muito embora ainda a precedam algumas etapas não eletrônicas, em especial quando ocorre a emissão de Cédula de Crédito Bancário, cuja emissão deve estar prevista no 'contrato mãe' e deve ser emitida no momento da firmação daquele contrato.

Vencida essa fase inicial, entretanto, todas as demais etapas, inclusive a formalização propriamente dita, se dão pela via eletrônica.

Outro contrato bancário típico é o de abertura de crédito, através do qual o banco coloca à disposição do cliente, geralmente na própria conta de depósito bancário, um limite de crédito, que poderá ou não ser utilizado. O objeto da contratação é a disponibilização do limite de crédito e não a sua utilização propriamente dita, que poderá, inclusive, não ocorrer. Esta modalidade de contrato geralmente é firmada em meio físico e posta à disposição do cliente, para utilização do limite, tanto em meio físico quanto eletrônico, mediante a movimentação de sua conta. O cliente tanto pode utilizar o limite mediante a emissão de cheques quanto através de débito automático ou mesmo saques nos terminais de auto-atendimento.

A exemplo da maioria dos contratos bancários, é um contrato firmado em meio físico e executado eletronicamente.

Quando executado eletronicamente (débito em conta e saques em terminais de auto-atendimento, v.g.), é interativo e se formaliza nas modalidades B2C e B2B.

O mútuo bancário, com a adoção do sistema de se definir um limite global de crédito para o cliente, pondo à sua disposição várias linhas de crédito, que poderão ser formalizadas eletronicamente, passou a integrar essa espécie contratual, já que acaba sendo uma dessas linhas de crédito postas à disposição do cliente.

Esse contrato costuma ser formalizado de forma interativa e nas modalidades B2B e B2C, sendo igualmente recomendável a emissão de Cédula de Crédito Bancário como forma de viabilizar futura execução judicial, em caso de inadimplemento, pelas mesmas razões antes expostas.

Na modalidade de desconto bancário, o artigo 889, § 3º, do Código Civil, faculta que o título possa "(...) ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos

neste artigo", o que possibilita que a remessa do título seja feita por meio eletrônico, na modalidade intersistêmica.

O contrato de desconto, contudo, ainda é firmado em meio físico, e apenas executado eletronicamente, na modalidade B2B.

As operações de antecipações, por envolverem a entrega de documentos representativos das garantias oferecidas, em princípio, são firmados em meio físico, e executados eletronicamente.

Já se pode antever, contudo, o uso da via eletrônica para depositar as garantias junto ao banco, pelo que se viu alhures acerca da evolução do comércio eletrônico.

Além dos contratos bancários propriamente ditos, onde o objeto é a intermediação financeira, a eletrônica avança a passos largos nas contratações envolvendo a prestação de serviços bancários.

Dessa modalidade, os maiores exemplos são a prestação de serviços de cobrança de títulos e de crédito de salários, cuja execução, via de regra, se dá de forma totalmente eletrônica, com os clientes enviando arquivos de dados pela via intersistêmica e o banco recebendo-os, processando e executando todas as operações necessárias à sua execução de forma totalmente eletrônica.

O que se pode afirmar é que os contratos bancários, seja qual for o objeto envolvido, caminham para um grau de eletrônica cada vez mais acentuado.

Mesmo nas contratações em que a forma é da essência do contrato, como, v.g., nos financiamentos imobiliários, é possível um elevado grau de eletrônica na fase de execução, já que o cliente pode autorizar que os valores das prestações mensais sejam debitados diretamente em sua conta, ou, ainda, tais pagamentos podem ser efetuados através do auto-atendimento ou mesmo do *home banking*, utilizando-se a Internet.

9 Conclusão

A disseminação do comércio eletrônico é hoje uma realidade inquestionável, a qual só tende a se consolidar de forma cada vez mais intensa.

A omissão de nossos legisladores em regulamentar tão importante tema, conquanto dificulte a expansão desse meio rápido e eficaz de troca de bens, serviços e das mais diversas formas de satisfação das necessidades humanas, não tem impedido o avanço de sua utilização.

A doutrina e a jurisprudência, calcadas em uma interpretação de cunho jusnaturalista, assim como os comerciantes de um modo geral, com sua visão prática, dinâmica, e criativa, vem encontrando soluções que se não são as ideais, face à omissão de nossos legisladores, tem proporcionado solucionar de forma satisfatória as lides relacionadas a essa matéria.

Já é possível se vislumbrar uma consistente doutrina tratando do comércio eletrônico, como restou demonstrado, a qual nos permite ter uma visão técnico-jurídica capaz de proporcionar o suporte necessário à conclusão pela legalidade, de um modo geral, do uso da via eletrônica como forma de contratar.

Seja na formação, seja na execução, os contratos são hoje largamente firmados ou executados pela via eletrônica sem que a mais abalizada doutrina e jurisprudência neguem validade a essas operações.

O setor bancário, como um dos precursores na utilização da tecnologia de informática, encontra-se hoje dotado de tecnologia de primeira linha em termos de segurança na execução das transações realizadas por seus clientes, o que permitiu um elevado grau de eletrônica dessas operações, em especial na execução de suas contratações.

O que se pode concluir, portanto, é que embora ainda não haja uma normatização específica acerca da matéria, uma vez que os projetos que dela tratam encontram-se adormecidos no Congresso há alguns anos, os mais diversos setores da sociedade têm se mobilizado a fim de tornar possível o desenvolvimento desse importante canal que é a Internet como meio de troca de mercadorias e serviços.

Notas

- 1 Código Civil. Art. 435. Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto.
- 2 Código Civil. Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, (...)
- 3 Código Civil. Art. 434. (...) exceto: I - no caso do artigo antecedente; II - se o proponente se houver comprometido a esperar resposta; III - se ela não chegar no prazo convencionado.
- 4 Código Civil. Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;
- 5 Código Civil 1916. Art. 1081. Deixa de ser obrigatória a proposta: I - Se, feita sem prazo a uma pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por meio de telefone.
- 6 Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: (...) II - documento;
Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.
- 7 Art. 889. (...) § 3º O título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo.

- 8 Código Civil 1916. Art. 1086. Os contratos por correspondência epistolar, ou telegráfica, tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, (...).
- 9 Código Civil. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.
- 10 Código Civil. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.
- 11 C.F. Art. 5º.(...) XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;
- 12 C. Comercial. Art. 131. (...): 5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.
- 13 Código Civil. artigo 428, I, última parte.
- 14 Código Civil, artigo 434.
- 15 LICC. Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2º. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.
- 16 No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.
- 17 Lei nº 9.613/98. Art. 10. As pessoas referidas no artigo 9º: I - identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas; (...)
- 18 Lei nº 9.613/98. Art. 12. Às pessoas referidas no artigo 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas nos artigos 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, as seguintes sanções: (...)

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Série Pesquisas do CEJ; nº 11. Brasília: ed. CJF, 2003.

ATHENIENSE, Alexandre. **A jurisdição no ciberespaço**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil nº 2, Set-Out/2004.

BARBOSA, Fernando Cabeças. **Função social do contrato**. Juris Síntese nº 39, Jan/Fev/2003.

BEHRENS, Fabiele. **A assinatura eletrônica como requisito de validade dos negócios jurídicos e a inclusão digital na sociedade brasileira**. 2005. Dissertação de mestrado apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Guimarães Menegale. notas. Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1942.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Eurípedes Brito. **Os contratos eletrônicos e o novo Código Civil**. Conferência proferida no Congresso Internacional de Direito e Tecnologia da Informação, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários, nos dias 03 e 04 de outubro de 2002, no auditório do Superior Tribunal de Justiça. Revista CEJ, nº 19, Brasília, Out./Dez. 2002.

DIAS, Darlan Airton. **Executividade das duplicatas virtuais**. 1999. Monografia apresentada para obtenção do título de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, Departamento de Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1999.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de A. **Contratos eletrônicos**. 2000. Monografia apresentada para obtenção do título de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2000.

ELIAS, Paulo Sá. **Contratos eletrônicos. Contratos eletrônicos bancários**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, nº 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2674>>. Acesso em: 18 dez. 2005.

FORTES, Christienne Krassuski. **Notas sobre o comércio eletrônico e suas implicações na realidade jurídica contemporânea: uma leitura interdisciplinar**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Vol. 39. Curitiba: 2003.

Garcia, Ayrton Sanches. **Noções históricas de Direito Comercial**. In: Âmbito Jurídico, mar/01 [Internet] <http://www.ambito-juridico.com.br/ajdcom0015.htm> (acesso: 04/10/2005, 09h:46m.).

GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualização e notas por Humberto Theodoro Júnior. 1ª ed. eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos bancários em tempos pós-modernos - primeiras reflexões**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Vol. 15. Porto Alegre: 1998.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 1ª ed. eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. **A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo código civil brasileiro**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 16. MAR-ABR/2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 32ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2000.

RIZARDO, Arnaldo. **Contratos de crédito bancário**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2003.

SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: ed. José Bushatsky, 1976.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A cédula de crédito bancário**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 26 - Nov-Dez/2003.

_____. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 1ª edição eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

WALD, Arnaldo. **O sigilo bancário e os direitos fundamentais**. Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, nº 22.

WALD, Arnaldo. **Um novo direito para a nova economia: a evolução dos con-**

tratos e o Código Civil. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil nº 12 - Jul-Ago/2001.

ZIMMERMANN. Fernando Henrique Guedes. **A introdução da boa-fé objetiva nos contratos sob a égide do novo Código Civil.** Jornal Síntese nº 97. Março/2005.

O direito de preferência no pregão de bens e serviços de informática e automação

Antônio José Camilo do Nascimento
Advogado da CAIXA em Brasília

RESUMO: O texto aborda a evolução do direito de preferência nas licitações de bens e serviços de informática e automação, à vista das alterações normativas que regulam a matéria e das decisões do Tribunal de Contas da União. A abordagem se inicia com a previsão do artigo 171 da Constituição Federal de 1988, regulado pela Lei 8.248/1991. Em seguida noticia as discussões jurídico-doutrinárias sobre os efeitos da revogação do citado artigo 171 da Lei Maior pela Emenda Constitucional nº 06/1995. Prossegue pela análise das alterações da Lei 8.248/1991 pela Lei 10.176/2001 e pela Lei 11.077/2004, à vista dos entendimentos expendidos pelo TCU acerca de tais alterações.

Palavras-chave: Informática. Pregão. Direito de preferência.

1 Introdução

A proteção de setores econômicos estratégicos e, ao mesmo tempo, vulneráveis à concorrência estrangeira tem sido um traço comum na evolução da economia mundial. No Brasil, os exemplos mais marcantes são a indústria automobilística e a área industrial da chamada tecnologia da informação ou simplesmente TI, que engloba, dentre outras, a informática, a automação, a eletroeletrônica e a robótica.

Esses setores da economia sempre foram alvos de políticas protecionistas, traduzidas, no primeiro momento, num ostensivo controle governamental das importações, que resultava numa verdadeira reserva do mercado interno, já que as importações se tornavam proibitivas, quer pela alta carga tributária incidente, quer em razão das praticamente intransponíveis exigências alfandegárias ou até mesmo a proibição da importação.

2 A previsão constitucional do direito de preferência em função da origem do capital da empresa

Com o avanço da globalização da economia mundial fez-se necessário elidir barreiras, para poder participar mais intensivamente nas relações comerciais. Contudo, não se olvidou de manter algum tipo de proteção para economia nacional. Nesse sentido, a ordem constitucional inaugurada em 1988 instituiu tratamento preferencial ao que conceituou "empresa brasileira de capital nacional" (conceito fixado em função da origem do capital), estabelecendo em seu favor benefícios diretos e indiretos, dentre eles o chamado direito de preferência nas compras realizadas pelo poder público, conforme se pode ver na redação originária do Art. 171, da Constituição Federal de 1988, *ipsis*:

Art. 171. São consideradas:

I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;
II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§ 1º - A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;

II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do "caput" se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

§ 2º - Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional. (grifamos).

3 A regulamentação na legislação ordinária

No setor de informática e automação, o direito de preferência assegurado no § 2º do artigo 171, da Carta Magna de 1988, supra transcrito, foi regulado pela Lei nº. 8.248/91, que dispõe sobre a capacitação e competitividade daquele segmento da economia nacional. O artigo 3º da referida lei, em sua redação original, preceituava o seguinte:

Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União, darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, nos termos do § 2º do artigo 171 da Constituição Federal, aos produzidos por empresas brasileiras de capital nacional, observada a seguinte ordem:

I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País;

II - bens e serviços produzidos no País, com significativo valor agregado local.

§ 1º Na hipótese da empresa brasileira de capital nacional não vir a ser objeto desta preferência, dar-se-á aos bens e serviços fabricados no País preferência em relação aos importados, observado o disposto no § 2º deste artigo.

§ 2º Para o exercício desta preferência, levar-se-á em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.

4 A revogação do fundamento constitucional originário e o novo fundamento do direito de preferência

Em 15/08/1995, foi editada a Emenda Constitucional nº 06, que revogou o artigo 171 da Lei Maior. Com isso, o direito de preferência concedido em função da origem do capital da empresa perdeu seu fundamento constitucional de validade, ensejando a discussão jurisprudencial e doutrinária acerca da revogação ou não do artigo 3º da Lei nº 8.248/91, regulamentado pelo Decreto nº 1.070, de 02/03/1994.

Nos primeiros posicionamentos doutrinários a respeito, as opiniões se dividiram. Houve entendimentos no sentido de que a citada Emenda Constitucional revogou todo e qualquer dispositivo legal infraconstitucional que tratava do direito de preferência nas licitações de bens e serviços de

informática. Outros defenderam que a revogação se dera apenas daqueles dispositivos que previam direito de preferência fundado na distinção da empresa em razão da origem de seu capital, perdurando a vigência dos demais, com apoio em outros dispositivos da Constituição.

A tese da revogação foi acolhida pelo Egrégio Tribunal de Contas da União, na Decisão nº 456/2000 - Plenário, cuja ementa se transcreve:

Representação formulada por pessoa física. Possíveis irregularidades no Tribunal Superior Eleitoral. Licitação. Aquisição de urnas eletrônicas. Não inclusão no edital de critérios previstos em lei. Inaplicação do direito de preferência para aquisição de produtos de informática com tecnologia nacional. Derrogação de legislação sobre a matéria. Exigência de que os profissionais listados tenham vínculo jurídico com a licitante no momento da habilitação. Exigência referente à integralização do capital social mínimo. Conhecimento. Improcedência. Determinação. - Licitação. Direito de preferência. Emenda Constitucional 6/95. Análise da matéria.¹ (grifamos)

Tal decisão foi prolatada na sessão do dia 31/05/2000. Dias, antes, o Presidente da República editara a Medida Provisória nº 2.026, instituindo a "modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns", conforme se extrai da literalidade de sua ementa. Os artigos 1º e 2º da referida MP trouxeram, respectivamente, a definição do que se deveria entender por bens e serviços comuns e o conceito legal da nova modalidade de licitação, *verbis*:

Art. 1º - Para aquisição de bens e serviços comuns, a União poderá adotar licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Medida Provisória.

§ 1º - Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

§ 2º - O regulamento disporá sobre os bens e serviços comuns de que trata este artigo.

Art. 2º - Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, promovida exclusivamente no âmbito da União, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.

§ Único. Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.

A citada Medida Provisória foi regulamentada pelo Decreto nº 3.555, de 08/08/2000, cuja redação originária não continha previsão expressa acerca do uso do pregão para de aquisição bens e serviços de informática ou do direito de preferência. Mas isso foi por pouco tempo. Em 20 de dezembro do mesmo ano, foi editado o Decreto nº 3.693, que acrescentou os §§ 3º a 5º ao artigo 3º do regulamento aprovado pelo Decreto nº 3.555, regulando o direito de preferência no âmbito do pregão. Eis os termos:

Art. 3º...

§ 3º - Os bens de informática adquiridos nesta modalidade, referidos no item 2.5 do Anexo II, deverão ser fabricados no País, com significativo valor agregado local, conforme disposto no artigo 3o da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, e regulamentado pelo Decreto no 1.070, de 2 de março de 1994.

§ 4º - Para efeito de comprovação do requisito referido no parágrafo anterior, o produto deverá estar habilitado a usufruir do incentivo de isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, de que trata o artigo 4º da Lei nº 8.248, de 1991, nos termos da regulamentação estabelecida pelo Ministério da Ciência e Tecnologia.

§ 5º - Alternativamente ao disposto no § 4º, o Ministério da Ciência e Tecnologia poderá reconhecer, mediante requerimento do fabricante, a conformidade do produto com o requisito referido no § 3º.

Em janeiro de 2001, ou seja, menos de um mês após a alteração do regulamento do pregão, foi promulgada a Lei nº 10.076/01, a nova Lei de Informática, que alterou o Art. 3º da Lei nº 8.248/91, dando-lhe a seguinte redação:

Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, observada a seguinte ordem, a:

I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País;

II - bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo.

§ 1º - Revogado.

§ 2º - Para o exercício desta preferência, levar-se-ão em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.

De se esclarecer que o Processo Produtivo Básico - PPB "é o conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto", a teor do que dispõe o artigo 7º, § 8º, alínea "b", do Decreto-Lei nº 288/67, com a redação dada pela Lei nº 8.387/91. O PPB é definido por espécie de produto, em portaria conjunta dos Ministros de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e da Ciência e Tecnologia, conforme prevê o citado § 1º do Art. 1º do Decreto nº 3.800/01, *litteris*:

Art. 1º ...

§ 1º Os benefícios fiscais somente incidirão sobre os bens de informática e automação de que tratam os §§ 1º e 2º do artigo 4º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, que sejam produzidos no País e que estejam em conformidade com o Processo Produtivo Básico - PPB estabelecido em portaria conjunta dos Ministros de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e da Ciência e Tecnologia." (grifamos)

Avaliando os efeitos que a mudança legislativa trazida pela nova Lei de Informática produziu sobre o direito de preferência no âmbito do pregão, Marçal Justen Filho pugna de forma contundente pela supressão da vigência dos §§ 3º, 4º e 5º, do artigo 3º, do Regulamento do Pregão. Para o presente trabalho, interessa mais a opinião do renomado mestre acerca do primeiro dispositivo referido, o § 3º, *litteris*:

A regra do § 3º do regulamento federal encontra fundamento na solução da redação antiga do artigo 3º da Lei nº 8.248. Ali se previu que os bens a serem adquiridos através do Pregão tinham de 'ser fabricados no País, com significativo valor agregado local, conforme disposto no artigo 3º da Lei nº 8.248'. Ora, a Lei nº 10.176/2001 deu nova redação ao artigo 3º, eliminando a fórmula explicitamente referida no regulamento federal. Ou seja, os be-

nefícios da nova Lei de Informática não se vinculam mais à solução de fabricação no Brasil com significativo valor agregado local. Não mais se alberga no ordenamento brasileiro o conceito de 'significativo valor agregado local', o que exige enfrentar-se (e superar-se) impasse complexo. A nova Lei de Informática sequer condiciona o benefício à mera fabricação no Brasil, eis que o relevante é a utilização de tecnologia desenvolvida no país. Tornou-se impossível aplicar o artigo 3º, § 3º, do regulamento federal porque isso importaria a ultravigência do dispositivo revogado. O regulamento federal restringiu-se a determinar a incidência ao campo do pregão de uma determinada regra legal. Suprimida tal regra, não há fundamento para manter-se sua aplicação em qualquer órbita jurídica. Como decorrência, o § 3º do artigo 3º do regulamento federal perdeu a vigência simultaneamente com a revogação da redação anterior do artigo 3º da Lei nº 8.248.² (Grifamos).

O Tribunal de Contas da União, entretanto, no Acórdão nº 740/2004 - Plenário, prolatado em 26/05/2004, entendeu que, com o advento da nova Lei de Informática (Lei nº 10.176/2001), "ganhou relevo a tese de que o direito de preferência foi mantido em nosso ordenamento, devendo sua aplicabilidade ser analisada em processos específicos, que tratem de casos concretos nos quais possa ser invocado, ou em processo de consulta"³.

Por fim, nova alteração legislativa foi feita no artigo 3º da Lei nº 8.248/91, pela Lei nº. 11.077, de 30/12/2004, que lhe acrescentou o § 3º, dispondo:

Art. 3º ...

§ 3º. A aquisição de bens e serviços de informática e automação, considerados como bens e serviços comuns nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, poderá ser realizada na modalidade pregão, restrita às empresas que cumpram o Processo Produtivo Básico nos termos desta Lei e da Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991.

A imprecisão redacional do novel dispositivo legal deu azo a entendimentos discordantes acerca de sua aplicação aos certames licitatórios. Contudo, o tema foi discutido quase que somente nos periódicos especializados em licitações, em respostas a consultas, pareceres e arti-

gos. Em relação ao fundamento de validade da inovação legal, por exemplo, as opiniões posições oscilaram entre total inconstitucionalidade e a plena conformidade com a Lei Maior. Quanto ao alcance e à eficácia, defendeu-se desde a inaplicabilidade do dispositivo por falta de regulamentação até a sua aplicabilidade imediata, com o entendimento de que a modalidade Pregão, para aquisição de bens e serviços comuns de informática, estava restrita às empresas que cumpriam o PPB (para as demais, deveria ser adotado obrigatoriamente o tipo de licitação "técnica e preço", em obediência ao § 4º do artigo 45 da Lei nº 8.666/93).

Na doutrina tradicional, esse último entendimento mereceu a acolhida do mestre Marçal Justen Filho. No estilo que lhe é peculiar, ele aborda tais questões nos seguintes termos:

Ocorre que, em dezembro de 2004, foi editada a Lei nº 11.077, que introduziu inúmeras alterações no regime da Lei nº. 10.176. Aquela que despertou maior atenção, relativamente ao tema da licitação, foi a nova redação dada ao artigo 3º, § 3º da Lei nº 8.248. Tratou-se de incluir, em nível legislativo, a regra que fora veiculada por meio do Dec. 3.693.

A questão interessa, basicamente, à disciplina do pregão. Mas cabe anotar que a inovação foi extremamente infeliz, atingindo às raias da inconstitucionalidade. A solução consagrada na Lei nº 10.176 era mais adequada: assegurar benefícios fiscais para empresas que exercitassem atividades no interesse da Nação brasileira, o que propiciaria a obtenção do menor preço para a Administração. A nova regra restringiu as contratações por meio de pregão para produtos que tivessem obtido certos benefícios fiscais. Isso significa a redução do universo de possíveis fornecedores para a Administração Pública - a qual poderá ser constrangida a adquirir produtos por preço superior aos existentes no mercado. Logo, a União instituiu uma sistemática inconstitucional, que apenas pode prejudicar a ela própria.

Com a edição do dispositivo, a Administração tem duas escolhas. Ou aplica a Lei nº 8.666 (e acabaria obrigada a promover licitação de técnica e preço, com forte tendência à aplicação do malfadado, inconstitucional e já revogado Dec. Fed. nº 1.070) ou adota o pregão. Se escolher esta última hipótese, é vedada a participação no certame de empre-

sa que pretenda ofertar produtos que não cumpram o chamado PPB (Processo Produtivo Básico).⁴ (Grifamos)

Sobre o novo dispositivo legal (§ 3º), acrescido ao artigo 3º da Lei nº 8.248/91 pela Lei nº 11.077/04, o nosso primeiro entendimento foi que ele instituiria mais um requisito de qualificação técnica, obrigatório para participantes de pregões que tinham por objeto a aquisição de bens e serviços de informática e automação, que se acrescia ao rol dos previstos no artigo 30, da Lei nº 8.666/93, nos termos do inciso IV, do mesmo artigo. Tal requisito consistia em a licitante comprovar que cumpria o Processo Produtivo Básico - PPB, conforme exigido na parte final do novel parágrafo acrescentado ao Art. 3º da Lei nº 8.248/1991. Para tanto, as empresas interessadas em participar dos pregões deveriam apresentar, juntamente com os documentos exigidos para a sua habilitação no certame, a portaria a que se refere o § 1º do Art. 1º do Decreto 3.800, de 20 de abril de 2001.

Posteriormente, manifestamo-nos no sentido de que § 3º do artigo 3º da Lei nº 8.248/1991 não restringiu a utilização da licitação na modalidade pregão apenas para a aquisição de bens de informática e automação. Vale dizer, o pregão poderia continuar sendo utilizado para todas as demais finalidades em que tal modalidade licitatória vinha sendo aplicada, ou seja, na contratação de fornecimento de bens e de prestação de serviços comuns enquadráveis na definição do § único do artigo 1º, da Lei nº 10.520/02. Na ocasião, entendemos também que a exigência de conformidade com o PPB não se aplicava aos pregões destinados à contratação da prestação de serviços de informática e automação, por ser o PPB - Processo Produtivo Básico conceito restrito a produtos industrializados, para efeitos de concessão de benefícios fiscais relacionados com o IPI - Imposto Sobre Produtos Industrializados.

Por definição legal, portanto, o PPB é atributo de produto - e somente de produto industrializado - tal como definido na legislação regente do IPI. O PPB, então, é atributo do objeto da proposta da licitante e não requisito de qualificação técnica dos interessados em participar do certame, restando superado o entendimento anterior, de que o PPB é requisito de qualificação técnica da licitante e que deve ser comprovado na sua habilitação para o certame. À vista disso, se apresenta como alternativa mais adequada que o comprovante de conformidade com o PPB em relação ao produto ofertado pela licitante seja apresentado juntamente com a proposta de preços, como requisito de classificação desta.

Para possibilitar a verificação, por parte do pregoeiro, do atendimento ao citado requisito, a licitante deverá indicar expressamente em sua proposta de preço a descrição detalhada de cada produto ofertado, abrangendo marca, modelo, versão, inclusive software(s), módulo(s) e componente(s) proprietários, quando houver, e demais características

técnicas que se mostrarem úteis à perfeita identificação do produto ofertado.

5 O PPB como fator de desempate no pregão

Em sessão realizada em 26/10/2005, o Tribunal de Contas da União, em resposta à consulta da Câmara dos Deputados quanto à possibilidade de afastamento da regra de preferência a que alude o artigo 3º da Lei nº 8.248/91, prolatou acórdão sobre a matéria, cuja ementa se transcreve:

9.1. Conhecer da consulta para respondê-la no sentido de que não é juridicamente possível afastar a aplicação da regra de preferência, de que trata o § 3º do artigo 3º da Lei 8.248/91, alterado pelas Leis nº 10.176/2001 e nº 11.077/2004, nos procedimentos licitatórios realizados sob a modalidade Pregão, cujo objeto seja o fornecimento de bens e serviços comuns de informática e automação, assim definidos pelo artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002, estando essas licitações restritas às empresas que cumpram o Processo Produtivo Básico, nos termos desta Lei e da Lei nº 8.387/1991;

9.2. nos processos licitatórios sob a modalidade Pregão que se destinem ao fornecimento de bens e serviços comuns de informática e automação, a Administração Pública Federal deverá adotar os seguintes procedimentos:

9.2.1. verificado empate entre propostas comerciais, adotar as providências a seguir:

9.2.1.1. primeiro, analisar se algum dos licitantes está ofertando bem ou serviço cuja tecnologia tenha sido desenvolvida no Brasil, a ser devidamente comprovada pelo interessado, conforme dispõe o artigo 9º da Lei nº 10.520/2002, c/c o artigo 45, § 2º, da Lei nº 8.666/93, devendo em tal hipótese ser aplicado o direito de preferência estabelecido no § 3º do artigo 3º da Lei nº 8.248/91, alterado pelas Leis nº 10.176/2001 e nº 11.077/2004;

9.2.1.2. persistindo o empate entre os licitantes, proceder ao sorteio previsto no artigo 45, § 2º, da Lei nº 8.666/93, aplicável subsidiariamente ao Pregão por força do artigo 9º da Lei nº 10.520/2002;

9.2.2. exigir dos licitantes, na etapa de habilitação do certame, a comprovação do cumprimento do Processo Produtivo Básico, conforme determina o

§ 3º do artigo 3º da Lei nº 8.248/91, alterado pelas Leis nº 10.176/2001 e nº 11.077/2004, definido nos termos da Lei 8.387/1991;

9.3. recomendar à Casa Civil da Presidência da República que harmonize o texto do § 3º do artigo 3º do Decreto nº 3.555/2000, introduzido pelo Decreto nº 3.693/2000, com o texto do § 3º do artigo 3º e seus parágrafos da Lei nº 8.248/1991, na redação dada pelas Leis nº 10.176/2001 e nº 11.077/2004.⁵

Do item 9.1 da decisão transcrita, infere-se haver sido ratificado o nosso entendimento no sentido da inafastabilidade da aplicação da regra de preferência de que trata o § 3º do Art. 3º da Lei nº 8.248/91, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.077/04. Contudo, mantendo-se fiel ao texto do referido dispositivo legal, a parte final do mesmo item sugere que bens e serviços comuns de informática e automação, que não atendam ao Processo Produtivo Básico, não poderiam ser adquiridos por intermédio da modalidade licitatória do pregão.

Em relação ao PPB, prevaleceu que o seu cumprimento era requisito de habilitação dos licitantes (subitem 9.2.2), entendimento já superado por nós, que já vínhamos pugnando a exigência de cumprimento do PPB nos editais como requisito de classificação das propostas. Na mesma decisão (item 9.2), o TCU estabeleceu um procedimento para ser adotado quando "verificado o empate entre propostas comerciais", sinalizando que o direito de preferência previsto no § 3º do Art. 3º da Lei nº 8.248/91 somente se aplicaria em tal situação.

A decisão sob comento foi objeto de embargos de declaração, apreciados pela Colenda Corte de Contas na sessão de 07/12/2005, na qual foi prolatado acórdão com a seguinte ementa (*ipsis*):

9.1 conhecer da consulta para respondê-la no sentido de que não é juridicamente possível afastar a aplicação da regra de preferência de que trata o artigo 3º da Lei nº 8.248/91, alterado pelas Leis nº 10.176/2001 e nº 11.077/2004, nos procedimentos licitatórios realizados sob a modalidade Pregão, cujo objeto seja o fornecimento de bens e serviços comuns de informática e automação, assim definidos pelo artigo 1º parágrafo único, da Lei nº 10520/2002, estando essas licitações franqueadas a todos os interessados, independentemente de desenvolverem bens e produtos com tecnologia nacional e cumprirem o Processo Produtivo Básico definido pela Lei nº 8.387, de 30 de dezembro de 2001;

9.2 esclarecer ao Consulente que é juridicamente possível a aquisição de bens e serviços comuns de informática e automação nas contratações realizadas por intermédio da modalidade Pregão, mesmo nas hipóteses em que não seja tecnicamente viável a aplicação da regra da preferência a que alude o artigo 3º da Lei nº 8.248/1991, com redação alterada pelas Leis nº 10.176/2001 e nº 11.077/2004, vale dizer, nas situações em que não haja licitantes que possam fornecer produto ou serviço com tecnologia desenvolvida no País ou não cumpram o Processo Produtivo Básico, assim definido pela Lei nº 8.387/1991;

9.3 nos processos licitatórios sob a modalidade pregão que se destinem ao fornecimento de bens e serviços comuns de informática e automação, a Administração Pública Federal deverá adotar os seguintes procedimentos:

9.3.1 verificado empate entre propostas comerciais, adotar as providências a seguir:

9.3.1.1 primeiro, analisar se algum dos licitantes está ofertando bem ou serviço que preencha simultaneamente às seguintes condições, hipótese em que deverá ser aplicado o direito de preferência estabelecido no artigo 3º da Lei nº 8.248/91 alterado pelas Leis nº 10.176/2001 e nº 11.077/2004:

a) bens e serviços com tecnologia desenvolvida no Brasil, a ser devidamente comprovada pelo interessado, conforme dispõe o artigo 9º da Lei nº 10.520/2002, c/c o artigo 45, § 2º, da Lei nº 8.666/93;

b) bens e serviço produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma definida pelo Poder Executivo (Lei nº 8.387/1991);

9.3.1.2 persistindo o empate entre as melhores propostas licitantes, ou comprovada a inviabilidade da aplicação da regra de preferência estabelecida pela redação atualizada do art.3º da Lei nº 8.248/1991, proceder ao sorteio da oferta que atenderá ao interesse público, observado o disposto do artigo 45, § 2º, da Lei nº 8.666/93, aplicável subsidiariamente ao pregão por força do artigo 9º da Lei nº 10.520/2002;

9.4 recomendar à Casa Civil da Presidência da República que harmonize o texto do § 3º do Decreto

nº 3.555/2000, introduzido pelo Decreto nº 3.693/2000, com o texto do § 3º do artigo 3º e seus parágrafos da Lei nº 8.248/1991, na redação dada pelas Leis nº 10.176/2001 e nº 11.077/2004;⁶

Nesse novo acórdão, o TCU manteve apenas a inafastabilidade da aplicação da regra de preferência do Art. 3º da Lei nº 8.248/91 (em sua nova redação), conforme consta na parte inicial do item 9.1. Mas esclarece que a participação nos pregões cujo objeto seja o fornecimento de serviços comuns de informática e automação é franqueada a todos os interessados, independentemente de desenvolverem bens ou produtos com tecnologia nacional ou cumprirem o Processo Produtivo Básico, conforme consta na parte final do mesmo item.

O item 9.2 da mesma decisão informa ser juridicamente possível a aquisição de bens e serviços de informática e automação nas licitações por meio de pregão, mesmo quando não se tratar de produto ou serviço com tecnologia desenvolvida no País ou que não cumpram o PPB. Em que pese o TCU não se reportar aos bens e serviços comuns que não sejam de informática ou automação, consideramos ratificado o nosso entendimento manifestado anteriormente, de que o Pregão é modalidade adequada para a licitação todo e qualquer fornecimento de bens e prestação de serviços comuns, desde que enquadráveis na definição do Parágrafo Único do artigo 1º, da Lei nº 10.520, de 17/07/2002, conforme já dito.

Por fim, no seu item 9.3, o novo acórdão trata das providências que deverão ser adotadas nos pregões que se destinem ao fornecimento de bens e serviços comuns de informática e automação, nas hipóteses em que se verificar empate entre propostas comerciais. O melhor entendimento que exsurge dessa parte da decisão, s.m.j., é que somente é necessário verificar se os bens e serviços de informática e automação ofertados pelo licitante são "bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País" ou "produzidos de acordo com o processo produtivo básico" no caso de "empate entre propostas comerciais", quando então será aplicada a regra do direito de preferência em comento.

Mas cabe destacar que o Egrégio Tribunal exige que se preencha as duas condições simultaneamente, e que a primeira condição seja devidamente comprovada pelo interessado, conforme dispõe o artigo 9º da Lei nº 10.520/2002, c/c artigo 45, § 2º, da Lei nº 8.666/93", conforme alínea "a" do subitem 9.3.1.1. O subitem seguinte dispõe que "persistindo o empate entre as melhores propostas licitantes, ou comprovada a inviabilidade da aplicação da regra de preferência estabelecida na redação atualizada do artigo 3º. da Lei nº 8.248/91, proceder-se-á ao sorteio da oferta que atenderá ao interesse público, observado o disposto no artigo 45, § 2º, da Lei nº 8.666/93, aplicável subsidiariamente ao pregão por força do artigo 9º da Lei nº 10.520/2002".

6 O direito de preferência na etapa de lances do pregão

Detalhe importante a considerar nessa decisão é que ela não cogita a hipótese de empate na etapa de lances do pregão, seja ele presencial seja por meio eletrônico. Aliás, em todo o acórdão sequer há referência a tal etapa dos procedimentos. Disso se pode inferir que, para a Colenda Corte de Contas, o direito de preferência somente seria exercitável até a etapa de classificação de propostas.

No entanto, é possível a ocorrência de empate entre lances na sessão competitiva do certame, seja no pregão presencial seja no eletrônico. Tanto é que o legislador se preocupou em dotar os dispositivos legais que regulam os dois procedimentos de sistemáticas que evitam ou resolvem a situação de empate entre lances ofertados.

No pregão presencial, o licitante só poderá apresentar lance verbal de valor inferior ao último apresentado⁷, com o que se evita que haja lances de mesmo valor. No pregão eletrônico, exige-se que o lance ofertado pelo licitante seja inferior apenas ao último ofertado por ele próprio. Em caso de dois ou mais lances iguais, prevalecerá "aquele que for recebido e registrado primeiro" pelo sistema⁸. Nesse caso, a situação se resolve dentro de um critério temporal.

Mas as duas sistemáticas têm um ponto comum: elas afastam, de pronto, a aplicação do direito de preferência na etapa de lances do pregão, seja ele presencial ou eletrônico, a despeito de ser possível se configurar a situação de empate entre lances, a ensejar ao beneficiário do direito de preferência o seu exercício.

É o caso, por exemplo, de tal beneficiário, no pregão presencial, apresentar lance de valor igual ao do último ofertado, que ele sabe referente a produto com tecnologia alienígena, o que torna possível a aplicação do direito de preferência de que trata o Art. 3º da Lei nº 8.248/91. Contudo, a hipótese é de pouca relevância nos tempos atuais, pois tal modalidade somente será utilizada nos casos de comprovada inviabilidade de se utilizar o meio eletrônico, conforme dispõe o Art. 4º, *caput* e parágrafos, do Decreto nº 5.450/2005.

Já no pregão eletrônico, o licitante poderá ofertar lance maior que o último registrado no sistema, desde que menor que o último por ele mesmo ofertado. Com isso, as chances de haver lances empatados são ampliadas, podendo ocorrer no decurso de toda etapa competitiva da sessão pública na Internet e culminar em mais de um lance final no mesmo valor, configurando-se o empate entre as melhores propostas e também entre as demais classificadas.

E aí se pergunta: o critério temporal do Decreto nº 5.450/2005 teria o condão de afastar o procedimento previsto na Lei nº 8.248/1991 (em sua redação atual), suprimindo a observância do direito de preferência previsto no artigo 3º da referida lei, nas hipóteses suscitadas? A nosso ver, não.

A uma porque, em se tratando de matéria delimitada e específica - o critério de desempate entre propostas de mesmo valor - não se mostra possível às disposições de um decreto elidirem a incidência, no mesmo caso, de um dispositivo da lei. Menos ainda quando este último tem natureza cogente.

A outra porque o simples fato de se aplicar na fase de lances o mesmo procedimento previsto na decisão do TCU em nada prejudicaria o andamento do certame licitatório ou a observância dos normativos que regem as licitações. Disso resulta a obrigatoriedade de se garantir, tanto no pregão presencial quanto no eletrônico, o exercício do direito de preferência do Art. 3º da Lei nº 8.248/91, nas duas fases de competição entre os licitantes previstas em seus procedimentos, ou seja, na classificação das propostas e na etapa de lances.

7 Conclusão

Diante do exposto, para melhor atender às disposições legais que regulam a matéria, cumpre às autoridades responsáveis pelos processos licitatórios na modalidade de pregão, que tenham por objeto o fornecimento de bens e serviços comuns de informática e automação, promover as alterações que se fizerem necessárias nos sistemas eletrônicos e nos editais, para possibilitar aos licitantes destinatários do direito de preferência previsto no artigo 3º da Lei nº 8.248/91 o exercício de tal direito, segundo o procedimento previsto no acórdão nº 2.138/2005 - Plenário, do TCU, item 9.3 e seus subitens, da decisão embargada.

Tal medida, além de prevenir questionamentos a editais de pregão, tanto na esfera judicial quanto extrajudicial, se mostra mais adequada para atender ao interesse público.

Notas

- 1 TCU, Decisão nº 456/2000 - Plenário. Relator: Min. Benjamim Zymler. D.O.U. de 13/06/2000.
- 2 JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)**. São Paulo: Dialética, 2004, p.51.
- 3 TCU, Acórdão nº 740/2004-Plenário, Min. Ubiratan Aguiar, itens 16 e 17. Disponível em www.tcu.gov.br. Acesso em 26/06/2006.
- 4 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 72.
- 5 TCU, Acórdão nº 1.707/2005 - Plenário, Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, julgado em 26/10/2005.
- 6 TCU, Acórdão nº 2.138/2005 - Plenário, Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, sessão de 07/12/2005.
- 7 Cf. artigo 4º, incisos VIII e IX da Lei nº 10.520/2002, e artigo 11, incisos VIII e IX do Decreto nº 3.555/00.
- 8 Cf. artigo 24, § 4º do Decreto nº 5.450/05.

Referências

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 456/2000 - Plenário. Relator: Min. Benjamim Zymler, D.O.U. de 13/06/2000.

_____. Acórdão 740/2004 - Plenário. Relator: Min. Ubiratan Aguiar, D.O.U. 25/06/2004.

_____. Acórdão nº 1.707/2005. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 26 de Outubro de 2005. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em 26/06/2006

_____. Acórdão nº 2.138/2005 - Plenário. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 07 de dezembro de 2005. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em 26/06/2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)**. São Paulo: Dialética, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Empresas estatais na Constituição da República: delimitação dos alcances da regência de direito privado

Alexandre Wagner Vieira da Rocha

*Advogado da Caixa em Brasília
Especialista em Direito Público pela Universidade
Católica de Brasília/DF*

RESUMO: O presente trabalho busca, por meio da análise do conteúdo ético-valorativo de princípios e regras da Constituição da República, promover uma reflexão renovada acerca da regência legal atribuída pelo constituinte às empresas estatais que exploram atividades econômicas. O estudo é promovido sobre manifestações técnicas exaradas em textos de doutrina e acórdãos de Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, além de apoiar-se em informações e experiências acumuladas pelo autor na prática da advocacia dedicada à empresa pública.

Palavras-chave: Empresas estatais. Regência constitucional. Controle externo

1 Introdução

Na esteira histórica do surgimento e expansão do "Estado do bem-estar social", as demandas sociais impuseram aos Governos, num crescendo sem fim (especialmente no pós-guerra), a criação de estruturas administrativas cada vez maiores e mais complexas, erigidas na perspectiva de atendimento dos apelos populares por bens e serviços.

Nesse contexto surgiram as empresas estatais por assimilação de um modelo de gestão privada, que permitia maior agilidade e flexibilidade na condução de negócios e interesses. Com isso as estruturas estatais tornaram-se gigantescas e onerosas, inviabilizando a gestão pública, impondo concorrência desproporcional à iniciativa privada em praticamente todos os setores da economia, minando a capacidade de investimentos públicos, e, conseqüentemente, construindo modelos fiscais e monetários desequilibrados e caóticos.

Surge, então, espaço para uma crítica de fundo neoliberal ao papel do Estado, que defende o encolhimento deste às suas funções mínimas (saúde, segurança, educação), para deixar à liberdade de iniciativa todo o espaço destinado à atividade econômica. Com isso esperavam os arau-

tos dessa proposição que o Estado pudesse responder mais adequadamente às funções a ele atribuídas, enquanto o mercado se encarregaria de equilibrar as relações na sociedade.

Com o fenômeno da globalização econômica, que acirrou a concorrência entre empresas e blocos econômicos (formados para melhor defender interesses comuns estabelecidos entre países), impôs-se a revisão do modelo de Estado com absorção parcial das teses neoliberais, porém, com preservação de alguns instrumentos que permitissem ao Estado intervir na economia para direcionar o equilíbrio das relações entre os particulares e assegurar o desenvolvimento. Além dos instrumentos políticos de atuação direta, reservou-se ao Estado a condição de atuar de forma direta em sede de atividade econômica, a fim de regular setores por meio de concorrência, fomentar novas atividades, prover espaços em que a iniciativa privada não manifestasse interesse ou capacidade de investimento. Porém, essa atuação deveria se dar sem privilégios que pudessem, por desequilíbrio concorrencial com os particulares, criar embaraços à iniciativa privada.

Nessa nova ordem econômica, ressurgem, então, as empresas estatais como instrumentos de atuação do Estado, com caráter bastante diverso do anteriormente concebido e utilizado em muitos países. O Constituinte brasileiro de 1988, atento a essas transformações ocorridas nos países centrais, bem como à necessidade de revisão da estrutura administrativa interna - especialmente no que se referia às empresas estatais - acerca da qual se fazia severas críticas em relação às suas dimensões, à ineficiência, ao corporativismo, excessos burocráticos, desenhou um novo modelo de Estado que absorvia aquelas evoluções ocorridas no estrangeiro.

O novo modelo incompatibilizou a presença do Estado brasileiro em vários setores da atividade econômica em que se encontrava atuando, vez que não mais contava com a liberdade anteriormente gozada para a preservação de empresas desnecessárias e incompatíveis com as novas funções administrativas. Decorreu daí a retirada do Estado de vários setores da economia por meio de liquidação de empresas e da privatização, tendo sido resguardadas apenas as que ainda justificam as suas presenças diante dos papéis atribuídos ao Estado.

Não há dúvidas de que as empresas estatais remanescentes ainda exercem importante papel no desenvolvimento econômico nacional. A sua preservação e aperfeiçoamento, assim como o completo atendimento aos fins justificativos das suas existências, depende em muito da preservação das condições jurídicas a que estão submetidas, especialmente da autonomia gerencial, haja vista encontrarem-se no exercício de atividades de alta complexidade, como é o caso dos bancos públicos, em setores altamente competitivos, onde amarras de natureza burocrática que cerceiem a sua atuação podem resultar em sérios prejuízos.

As dificuldades encontradas pelos operadores do direito para compreender (e aplicar) a correta regência jurídico-legal concedida pelo le-

gislador constituinte às empresas estatais, é certamente o maior entrave ao seu adequado funcionamento. Assim, este artigo pretende ser uma contribuição ao aprofundamento da compreensão dos fenômenos que envolvem as empresas estatais para todos aqueles que exercem alguma influência ou interferência na vida desses entes estatais.

Longe se vai aqui da pretensão de esgotar as questões controvertidas neste campo. Este trabalho pode servir apenas de guia e instigador de debates, quem sabe, de estímulo ao aprofundamento da pesquisa. Assim, está estruturado com vistas a estabelecer uma compreensão ampla das normas que regem as empresas estatais na órbita constitucional, que induza a uma percepção segura e objetiva da aplicabilidade da legislação ordinária.

Partindo de uma revisão da relevância, da dinâmica e da aplicabilidade dos princípios constitucionais, tenta-se estabelecer uma diretiva sistêmica para análise dos dispositivos constitucionais enfocados e da repercussão desta na interpretação e aplicação da lei às situações jurídicas que envolvem estatais.

O trabalho carrega uma pretensão final, que é a de servir de alento aos gestores de empresas estatais (que estão sempre às voltas com as dificuldades geradas por situações de controle externo que freqüentemente excedem os limites de suas competências e geram embaraço ao regular desenvolvimento das atividades, com fortes ônus estruturais e financeiros para as instituições), na medida em que oferece esperança de que o futuro propicie uma aplicação da lei mais consentânea com os princípios constitucionais, especialmente por parte do Judiciário e das Cortes de Contas.

2 Princípios constitucionais: funções

A mais abalizada doutrina, seja a do campo constitucional, seja a do campo do direito administrativo, eleva os princípios que norteiam o sistema jurídico-ideológico à suprema posição de balizadores da edição legislativa e da interpretação das normas que o integram. A integração, harmonização, e, eventualmente, a hierarquização (quando necessária à hierarquização valorativa) desses princípios, são as ferramentas necessárias à realização do direito e ao perfeito atendimento da ordem legal vigente.

Não é suficiente ao operador do direito conhecer os princípios. É essencial que saiba para o que eles servem, é necessário que compreenda as funções que desempenham, de modo a aplicá-los de forma adequada. Nos sistemas normativos, os princípios possuem um papel distinto do das regras. Princípios são normas generalíssimas dentro do sistema, enquanto as regras descrevem fatos hipotéticos, com função de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se enquadrem nos limites estreitos por elas estabelecidos.

A doutrina identifica algumas funções básicas dos princípios, entre elas: a fundamentadora; a orientadora da interpretação; e a de fonte subsidiária, porém, essas funções essenciais não esgotam os papéis por eles desempenhados no universo das normas jurídicas. José de Albuquerque Rocha amplia essa enumeração, indicando outras funções carreadas pelos princípios:

Qualificar, juridicamente, a própria realidade a que se referem, indicando qual a posição que os agentes jurídicos devem tomar em relação a ela, ou seja, apontado o rumo que deve seguir a regulamentação da realidade, de modo a não contrariar aos valores contidos no princípio e, tratando-se de princípio inserido na Constituição, a de revogar as normas anteriores e invalidar as posteriores que lhes sejam irredutivelmente incompatíveis.¹

Desta afirmação pode-se inferir que os princípios são dotados de eficácia positiva e negativa. Positiva: quando sua interpretação implica na identificação de soluções compatíveis com as finalidades eleitas e buscadas pelo conjunto de princípios albergados num dado sistema. Negativa: quando se identifica soluções ou regras que se contraponham a princípios, e aponta-se sua invalidade por contraste normativo.

Considerando a função fundamentadora, deve-se ter em conta que os princípios, até por definição, constituem a raiz de onde deriva a validade intrínseca do conteúdo das normas jurídicas. Assim, quando o legislador atua no sentido de regulamentar a realidade social, o faz, sempre, consciente ou inconscientemente, a partir de algum princípio. Dessa forma, os princípios são as idéias estruturais que servem de fundamento ao ordenamento jurídico.

Tem-se, então, que os princípios são o ponto de partida das escolhas políticas fundamentais assumidas pelo constituinte e expressam os valores superiores que guiam a criação ou reorganização de um dado Estado, estabelecendo as bases e delineando as instituições. Elevam-se assim os princípios ao ponto mais alto da hierarquia normativa, haja vista serem a fonte original das normas, especialmente as constitucionais, que representam o ponto de convergência de valores numa dada sociedade. Em razão disso, qualquer norma que colida com os fundamentos de derivação normativa eleitos e estabelecidos pelo constituinte nos princípios constitucionais (em tradução do consenso social), não poderá ter reconhecida sua validade, em face de contraste normativo com normas de máxima hierarquia.

A função orientadora da interpretação decorre da função fundamentadora. Ora, as leis são originariamente válidas se mantiverem lastro nos princípios, então, a sua interpretação deve ser orientada

no sentido de produzir soluções por eles guiadas e com eles harmonizadas. A doutrina e a jurisprudência mais atualizadas assumiram que a lei (regra), como norma genérica e abstrata, pode, na casuística, levar à injustiça flagrante. Busca-se, então, com amparo nos princípios, formular soluções para os casos concretos que se mostrem adequadas e equilibradas, mesmo que em dissonância com texto de lei.

A mentalidade que dominou a doutrina e a aplicação do direito até período bastante próximo, fundada em visão positivista, atribuía aos princípios a qualidade de mera fonte subsidiária do direito. Os princípios deveriam servir exclusivamente como elemento integrador ou forma de superação ou preenchimento de lacunas do ordenamento jurídico, na hipótese de ausência da lei aplicável à espécie. Tal visão encontra-se ultrapassada. O atual estágio da ciência jurídica, ao conferir normatividade aos princípios, afasta essa função supletiva, passando a orientar aplicação adequada das normas estruturais e fundantes que são os princípios.

Em face do até aqui estudado, percebe-se ser fundamental compreender o conteúdo relacionado aos princípios que embasam e norteiam o sistema jurídico, para interpretar a norma constitucional na integralidade de seus valores basilares, focalizando e dando tratamento adequado às novas situações que se apresentem.

Para finalizar este tópico, é importante salientar que os princípios - enquanto fundamentos norteadores de conduta da sociedade - vinculam toda a produção legislativa, bem como as condutas dos gestores públicos (de todos os níveis dos Poderes Públicos na administração direta e na indireta), de todas as instituições públicas e privadas e de todas as pessoas físicas e jurídicas.

3 Princípios constitucionais: solução de conflitos entre regras e de colisões entre princípios

É essencial ao equacionamento das tensões manifestadas no âmbito interno de qualquer sistema jurídico-normativo, distinguir regras de princípios jurídicos. Nessas superestruturas normativas, integradas por regras e princípios sujeitos a um nível crescente de exigências de atualização que as capacite a acompanhar o ritmo de amadurecimento das inter-relações numa sociedade cada vez mais veloz e complexa, é constante o enfrentamento de colidências entre as espécies normativas, o que impõe o estabelecimento de meios voltados à solução desses aparentes desacordos com preservação da unidade e coerência do ordenamento jurídico.

A esse respeito, Norberto Bobbio, em obra clássica, afirma:

As normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si, destacando também que

a palavra direito entre seus vários sentidos encerra também o de ordenamento jurídico, ou seja, o direito não é norma, mas um conjunto ordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica nunca se encontra só, mas está ligada a outras normas com as quais formam um sistema normativo.²

Para que uma situação fática possa ser compreendida em seus alcances jurídicos é necessário um esforço intelectual do interprete no sentido de localizar no sistema a norma que incide sobre ela de maneira mais adequada. Essa operação de considerar um fato concreto como situação de incidência de determinada norma, é tecnicamente chamada de subsunção.

Na prática é possível confrontar-se o intérprete com situações em que se apresentam aparentes contradições e colisões entre normas, tornando-se necessário tomar em consideração a integralidade do sistema, de modo a encontrar a solução que reflita com mais adequação os princípios e regras desse sistema atuando em conjunto e coerentemente.

A interpretação sistemática, necessária à busca de subsunção da situação fática posta sob exame, em razão da posição hierárquica e fundante dos princípios constitucionais, deve ter no texto da Constituição seu ponto de partida e o de sua finalização com vistas a aferir a sua conformação aos valores maiores da sociedade em que está inserida.

Como meio de municiar os operadores do direito para a tarefa de promover a interpretação sistêmica com foco na Constituição, a doutrina orienta no sentido da aplicação de alguns princípios de interpretação constitucional. O professor Anderson Sant'Ana Pedra, invocando o magistério de Canotilho, Juarez Freitas, Alexandre Moraes, Oscar Vilhena Vieira e Jorge Miranda, sintetiza assim o conteúdo dessas diretrizes interpretativas:

O princípio do efeito integrador significa precisamente que na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve se dar primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.

Pelo princípio da máxima efetividade ou princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva pode-se considerar que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Trata-se de um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais.

Segundo o princípio da força normativa da Constituição na solução dos problemas jurídico-consti-

tucionais deve se dar prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa), contribuem para uma ótima eficácia da lei fundamental.

Pelo princípio da interpretação das leis conforme a Constituição entenda-se que no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico.

Acresce-se ainda a esses princípios algumas regras propostas por Jorge Miranda, principalmente a que 'deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade'.

Alfim, deve se ter em mente que o intérprete constitucional deve sempre buscar a resposta moralmente mais correta para preencher o conteúdo aberto das normas constitucionais ou para solucionar um conflito entre princípios que decorre da percepção de que as Constituições não podem ter sua legitimidade limitada à sua positividade legal, a uma questão de fato. As Constituições, se pretendem ser válidas, devem ser intrinsecamente boas, funcionando como reservas de justiça para os sistemas políticos e jurídicos que organizam.³

A aplicação dessas diretivas permite inferir algumas regras básicas para a solução de antinomias. Ante a ocorrência de dissensão entre regras e princípios, a questão pode ser equacionada de maneira simples, utilizando-se a precedência hierárquica dos princípios constitucionais sobre as regras.

A validade define o âmbito de solução do conflito entre regras. Se o enquadramento de determinada situação à legislação implica na possibilidade de se obter resultados divergentes entre as regras aplicáveis, não havendo meio de conciliá-los pela utilização de critérios tradicionais (v.g: hierarquia de normas, critério cronológico, especialização ou especificidade etc.), é, então, necessário à preservação do sistema, expurgar ao menos uma delas, declarando-a inválida.

Já a colisão entre princípios constitucionais tem no valor e não na validade o seu âmbito de equacionamento. Os princípios, por seu valor primordial constitucionalmente definido, não podem ser expurgados do sistema. Em havendo conflito de aplicação entre mais de um deles, pro-

move-se simplesmente o recuo de sua aplicação por reconhecimento de precedência a um outro princípio de maior relevância ao caso concreto.

Não se pode olvidar da presença de mandamentos que contam com um status de precedência relativamente fortes, capazes de preferir a outros princípios na maior parte dos casos de conflito de aplicação, como os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da proteção da ordem democrática, entre outros. Porém, a ocorrência de precedência total e absoluta em quaisquer situações de entrelaque, não é compatível com a regência dos princípios jurídicos.

4 Princípios constitucionais da administração pública

Segundo o magistério de Maria Sylvania di Pietro,

O Direito Administrativo nasceu e se desenvolveu baseado em duas idéias opostas: de um lado a proteção dos direitos individuais frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a de necessidade de satisfação dos interesses coletivos, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos. Daí a bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; restrições e prerrogativas. Para assegurar a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei; é a aplicação, ao direito público, do princípio da legalidade. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular.⁴

Estes dois pilares do Direito Público, o princípio da legalidade e o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, são essenciais ao Direito Administrativo. Destes sustentáculos é que derivam todos os demais princípios norteadores da administração pública.

A Constituição da República, em seu artigo 37, explicitou alguns dos princípios a que deve se submeter a Administração Pública, dando especial destaque no *caput* do dispositivo aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade e da

eficiência. Essas disposições, entretanto, não esgotam o balizamento dado à Administração pelas normas constitucionais, haja vista encontrarem-se igualmente insculpidos na Constituição outros princípios norteadores da atuação e das abstenções a que devem se submeter os entes estatais, seus dirigentes e servidores.

Antes de proceder a uma breve abordagem acerca dos princípios norteadores da atuação da Administração Pública que guardam maior pertinência com a temática deste trabalho, é importante referir alguns outros princípios constitucionais que devem direcionar o esforço nacional e a atuação de todos os meios colocados ao alcance da Administração Pública.

Entre estes podemos destacar: o zelo pelos fundamentos e pelos objetivos da República, quais sejam: o Estado Democrático de Direito e a soberania popular exercida por representantes eleitos ou diretamente; a soberania nacional; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político; a harmonia e independência entre os Poderes; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a viabilização do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção, sem preconceitos, do bem de todos (artigos. 1º a 4º).

Cabe ainda dar destaque ao dever de assegurar aos cidadãos o livre exercício dos direitos e garantias fundamentais, e propiciar meios de acesso aos chamados direitos sociais básicos: educação; saúde; trabalho; moradia; lazer; segurança; previdência social; proteção à maternidade; proteção à infância; e assistência social nas situações de desamparo (artigos 5º e 6º), e às abstenções impostas à atuação dos entes federativos, como por exemplo, a não intervenção (respeito às autonomias dos demais entes federativos - artigos 34 e 35), e as limitações ao poder de tributar (artigos 150 a 152).

A Constituição estabeleceu metas e limites, definindo contornos da ordem social e jurídica a serem respeitados por todos aqueles que se encontram a ela subordinados. Analisemos, então, em espécie, os mais destacados princípios informadores da atuação da Administração Pública, explícitos e implícitos na Constituição da República, que além de fixarem os parâmetros mínimos e básicos da gestão pública, permitem melhor compreender os contornos (alcances e limitações) dados à administração indireta, em especial às empresas estatais pela "regência régia", viabilizando a análise de adequação sistêmica de normas infraconstitucionais e de decisões proferidas em sede judicial e nas cortes de contas.

A doutrina é convergente acerca da enumeração desses princípios, eventualmente divergindo nos alcances e peculiaridades de um ou outro. O princípio da legalidade informa o Estado de Direito (oposto ao Estado de Polícia ou Estado de Guerra onde o poder está legitimado por

delegação divina ou pela força, e só o súdito deve obediência à lei), afastando a arbitrariedade. No Estado de Direito todos estão submetidos ao império da Lei. O sentido fundamental de limitação ao Poder Público é o de que a Administração só pode fazer o que a lei permite.

O princípio aplicável no âmbito do direito privado é o da autonomia da vontade. Porém, esta autonomia não pode ser exercitada de forma absoluta. A necessidade de o Estado promover equilíbrio e harmonia nas relações sociais produz eventuais restrições dessa autonomia. Fenômeno cada vez mais freqüente no ordenamento jurídico é a estipulação de restrições à autonomia privada, permitindo a intervenção de organismos estatais nas relações livremente pactuadas com vistas a impor-lhes o cumprimento da função social com fundamento na própria Constituição. Tem-se, então, uma verdadeira publicização do direito privado, a exemplo de algumas regras introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo novo Código Civil.

Para desempenhar as suas atribuições, a Administração dispõe de poderes e posição de supremacia em relação aos particulares. Esses poderes são, em princípio, vinculados, isto é, a lei não deixa opções ao Administrador, que, diante de determinado fato, deve agir de um modo prefigurado. No entanto, como a lei não pode prever todas as situações que a dinâmica social é capaz de gerar, há concessão de certa margem de liberdade ao Administrador, chamada discricionariedade. Assim, ao Administrador é dada a capacidade de promover a aplicação da lei valendo-se de critérios de conveniência e oportunidade com liberdade de eleger, entre as alternativas possíveis, a que melhor atenda aos interesses em causa. Porém, a escolha deve estar afinada com a finalidade pública, sob pena de ser invalidada.

Em decorrência desse princípio - que, além de referido no artigo 37, está contido no artigo 5º, inciso II, da Constituição - a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados, dependendo de lei para tanto.⁵ O respeito ao atendimento do princípio da legalidade é salvaguardado por várias disposições constitucionais, a exemplo da inafastabilidade de apreciação pelo Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito (artigo 5º, XXXV), da ampla legitimação conferida ao uso de remédios constitucionais como a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança, além dos mecanismos de controle interno e externo estabelecidos.

O princípio da supremacia do interesse público (ou princípio da finalidade pública) informa a substituição do primado do individualismo pela noção de que os interesses públicos e os coletivos preferem aos particulares e individuais. A conquista civilizatória de atribuir maior expressão aos interesses coletivos e difusos, com identificação de atividades com espectro de alta relevância pública (independentemente de os meios, bens, interesses e direitos encontrarem-se na esfera patrimonial

pública ou privada), agregou novos elementos reforçadores da supremacia do interesse público, em contraste à orientação político-jurídica anterior, quando era mais acentuada a dicotomia entre o público e o privado, e se reforçava o individualismo nas relações sociais.

Pela relevância atribuída ao interesse público, nada autoriza o Administrador a renunciá-los. Trata-se de indisponibilidade absoluta. Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro,

Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que não pode deixar de exercer, sob pena de responder por omissão.⁶

O princípio da especialidade diz respeito à submissão dos exercentes de cargos diretivos das autarquias, agências públicas, ou outras pessoas jurídicas instituídas na administração indireta, aos objetivos institucionais estabelecidos no instrumento legal de sua concepção. Na lei que as cria são fixadas as finalidades que lhes incumbe atender. Este princípio decorre dos princípios da legalidade e do da indisponibilidade do interesse público, o que implica em não serem válidos os atos de dirigentes desses entes que se afastam das suas finalidades, visto que isso implicaria em disposição do interesse público definido no ato de sua criação.

O princípio do controle ou tutela define o dever da Administração Pública direta de fiscalizar a atuação dos entes da administração indireta a ela vinculados para assegurar que sejam respeitadas as finalidades que justificaram a sua criação (interesse público). Segundo Di Pietro,

Colocam-se em confronto, de um lado, a independência da entidade que goza de parcela de autonomia administrativa e financeira, já que dispõe de fins próprios, definidos em lei, e patrimônio também próprio destinado a atingir aqueles fins; e, de outro lado, a necessidade de controle para que a pessoa política (União, Estado ou município) que instituiu a entidade da Administração Indireta se assegure de que ela está agindo de conformidade com os fins que justificaram a sua criação. A regra é a autonomia; a exceção é o controle; este não se presume; só pode ser exercido nos limites definidos em lei.⁷

O princípio da autotutela, decorrente do princípio da legalidade, diz respeito ao dever de a Administração avaliar os seus próprios atos (espontaneamente ou por provocação de terceiros, independentemente

de ordem judicial) e promover a anulação dos atos considerados ilegais e revogar aqueles que não se justifiquem frente aos critérios de conveniência e oportunidade.

O princípio da moralidade administrativa surgiu ligado à idéia de desvio de poder. A imoralidade que se pretende prevenir e combater é a que se oculta na intenção do agente público. Diz respeito à atuação distorcida em que há aparência de licitude na conduta (uso de meios lícitos), que, no entanto, provoca o atingimento de resultados irregulares. Ante o desconforto causado por condutas deste jaez, a doutrina sugeriu a proclamação da ilegalidade dos atos praticados com desvio de poder, tornando possível o controle judicial da moralidade administrativa, o que ainda gera alguma discussão, mas não impede a adoção autônoma do princípio.

O princípio da razoabilidade, segundo Lúcia Valle Figueiredo, diz respeito à

*competência-dever do administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de um critério de razoabilidade, e afastado de seus próprios standards ou ideologias, portanto, dentro de um critério de razoabilidade geral, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma.*⁸

A aplicação do princípio da razoabilidade é fundamental à análise dos atos discricionários e para nortear o controle jurisdicional dos atos administrativos, tornando possível aferir a ilegalidade de um ato sempre que o administrador se afastar da razoabilidade produzindo resultados sem justificativa na lógica ou no bom senso.

O princípio da proporcionalidade, que muitos autores equiparam à razoabilidade, diz respeito à proporcionalidade entre meios e fins. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, "essa proporcionalidade deve ser medida não por critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns da sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto".⁹

O princípio da motivação está relacionado à necessidade do administrador justificar as suas condutas indicando os aspectos fáticos (contexto) e os aspectos jurídicos (norma), tornando possível um melhor controle da juridicidade de sua atuação. Por óbvio, todo ato administrativo deve ser motivado, sendo necessário maior detalhamento na fundamentação dos atos discricionários do que nos vinculados.

O princípio da eficiência refere-se ao modo de atuação do agente e também ao modo de organização, no sentido de obter o melhor resultado. A propósito da aparente oposição existente entre o princípio da eficiência e o princípio da legalidade ensina Jesus Leguina Villa:

Não há dúvida de que a eficácia é um princípio que não se deve subestimar na Administração de um Estado de Direito, pois o que importa aos cidadãos é que os serviços públicos sejam prestados adequadamente. Daí o fato de a Constituição o situar no topo dos princípios que devem conduzir a função administrativa dos interesses gerais. Entretanto, a eficácia que a Constituição exige da Administração não deve ser confundida com a eficiência das organizações privadas nem é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais. Agora, o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último, quando haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para gestão eficaz dos interesses gerais, porém nunca poderá se justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de pura eficiência.¹⁰

Não há que se falar, então, em oposição ou contradição entre os mencionados princípios. Na busca de harmonização entre eles, a eficiência na Administração Pública deve ser a que for possível diante dos meios e recursos disponíveis e das limitações impostas por lei (como por exemplo, licitação e concurso público para a contratação de mão de obra). Eficiência dentro da lei, posto que a legalidade é inerente ao Estado de Direito.

5 Os princípios constitucionais da atividade econômica e a presença do estado na economia

O Capítulo I do Título VII da Constituição da República estabelece os princípios gerais da atividade econômica. O artigo 170, que abre o referido capítulo, assim balisa a ordem econômica vigente no país:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

(...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Já os artigos 173 a 175, definem limitações à exploração e as funções interventivas do Estado na atividade econômica, nos seguintes termos:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - a sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

(...)

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I- o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter o serviço adequado.

A análise das disposições constitucionais acima reproduzidas descortina um sistema de sociedade aberta e de economia de mercado. Em razão dos balizamentos, e, em especial, em razão das limitações impostas à atuação do Estado pela Constituição, a participação estatal na exploração direta de atividade econômica só é possível em caráter extraordinário e justificado por razões de interesse estratégico ou social, sendo-lhe vedado estabelecer concorrência com o setor privado fora dessas hipóteses.

Decorre também das disposições relativas à ordem econômica, o papel, destinado ao Estado, de atuar no setor produtivo do domínio econômico de forma complementar (subsidiária) à iniciativa privada, suprimindo lacunas para promover o equilíbrio geral do sistema, quando a iniciativa privada se mostrar incapaz de fazê-lo.

Nada obstante, ao Estado são asseguradas outras formas de intervenção normativa e regulatória no domínio econômico dirigidas a assegurar o cumprimento das funções sociais pelos demais agentes econômicos. A intervenção do Estado no domínio econômico, como se sabe, pode assumir três modalidades fundamentais: no cumprimento de sua função normativa; na promoção do fomento de deter-

minadas atividades; ou atuando de forma direta na exploração de atividade econômica.

Para os fins específicos do presente estudo interessa-nos exclusivamente promover uma compreensão mais alargada desta última modalidade.

5.1 Intervenção do estado no domínio econômico por atuação direta na exploração de atividade empresarial

Ao longo do tempo, a evolução cultural e econômica produziu variadas formas de organização social. Do absolutismo ao Estado de Direito, muito se aperfeiçoaram os métodos de gestão estatal, como também se tornaram mais complexos e de maior extensão os papéis atribuídos às estruturas e aos responsáveis pela condução dos interesses do Estado.

Do Estado absolutista medieval, passando pelo Estado liberal inspirado nos cânones da Revolução Francesa, ao Estado-providência (do bem-estar social), e ao Estado neoliberal, as finalidades do Estado se ampliaram desde a única atribuição de zelar pela ordem pública (com reduzidíssima intromissão do Estado nos assuntos dos particulares), até os modelos atuais que apresentam variações apenas no grau de intervenção que os Estados exercem sobre a atividade privada, especialmente na órbita econômica, seja de forma mais direta (no papel de prover atividades antes deixadas exclusivamente aos particulares), seja no papel de disciplinar e fiscalizar a iniciativa privada.

Para responder às atribuições que passaram a ser-lhe exigidas, o Estado necessitou estruturar-se da maneira mais racional possível, valendo-se dos métodos de administração adequados ao atendimento de funções relacionadas aos mais diversos interesses e atividades da vida social.

Para tanto, além da utilização dos métodos de gestão aperfeiçoados no espaço tipicamente público, os Estados buscaram, nas práticas organizacionais do setor privado, instrumentos de maior eficácia e mais adequados ao exercício de atividades de cunho empresarial. A utilização dessas técnicas, mitigadas por meios de controle não usuais na esfera exclusivamente privada, possibilitou ao Estado contemporâneo dar atendimento a interesses públicos, principalmente nos campos econômico e financeiro, com maior flexibilidade e menores empecos burocráticos. Por meio da atribuição de personalidade de direito privado a alguns dos entes estatais, constituíram-se empresas pertencentes ao Estado (eventualmente de capital aberto, predominantemente pertencente ao Estado).

A nossa ordem constitucional, em aperfeiçoamento de experiências anteriormente adotadas em outros países e também internamente, permite ao Estado utilizar-se de empresas públicas para atingimento de seus fins, impondo a esses entes atuar em consonância com os princípios

norteadores da atividade econômica, estabelecendo, porém, algumas derrogações à sua regência privada em prol da aplicação de princípios e regras de direito público.

Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta e adverte a esse respeito que

O traço nuclear das empresas estatais reside no fato de serem coadjuvantes de misteres estatais. São instrumentos de ação do Estado, verdadeiros auxiliares do Poder Público. Tal realidade jurídica representa o mais certo norte para a interpretação dos princípios jurídicos que lhe são aplicáveis, sob pena de converter-se o acidental - suas personalidades de direito privado - em essencial, e o essencial - seu caráter de sujeitos auxiliares do Estado - em acidental.¹¹

5.2 Exploração direta de atividade econômica pelo estado por meio das empresas estatais

A atuação direta do Estado na exploração de atividade industrial, comercial ou de prestação de serviços dá-se por meio de empresas públicas ou empresas de economia mista. Já na prestação de serviço público, a atividade é executada por ente descentralizado ou por particular a quem se outorga a concessão ou permissão.

Em nosso atual estágio histórico-político encontramos-nos em um sistema de sociedade aberta e de economia de mercado que se contrapõe fortemente ao modelo estatizante anteriormente adotado, sendo natural que na transição fosse estabelecida, como de fato o fez originalmente a Constituição de 1988 (e posteriormente com importante revisão promovida pela EC 19), uma forte restrição à atuação empresarial do Estado, promovendo-se paulatinamente a adequação da máquina estatal à nova dinâmica da economia.

Deixa-se, assim, o campo da atividade econômica prioritariamente à iniciativa privada, num regime de livre concorrência, ficando fundamentalmente ao Poder Público a prestação de serviços públicos e, excepcionalmente, uma atuação mais direta e incisiva quando razões de alta relevância pública assim justificarem.

6 O regime jurídico das empresas estatais

Na ótica de abordagem aqui adotada a expressão "empresas estatais" refere-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de

bens ou de prestação de serviços sob regime jurídico predominantemente idêntico ao das empresas privadas (salvo na regência de aspectos de sua vida societária em que a Constituição da República derroga as regras de direito privado para substituí-las por outras de direito público).

Importante salientar que a exploração de atividade econômica, regulada em seus fundamentos no artigo 173 da Constituição, não se confunde com a prestação de serviços públicos (artigo 175), haja vista, em especial, as normas constitucionais que lhes conferem papéis e regramentos distintos, com profunda repercussão no ordenamento infraconstitucional, e, conseqüentemente, nas restrições à sua atuação.

Ao comentar essa diferenciação, Maria Sylvania Di Pietro destaca:

Diante desses dois dispositivos constitucionais, pode-se concluir que, quanto ao tipo de atividade e ao regime jurídico, existem duas modalidades de empresas estatais no direito brasileiro:

1. as que desempenham atividade econômica com base no artigo 173 e que se submetem ao regime próprio das empresas privadas; como é a Constituição que estabelece essa regra geral de submissão ao direito privado, qualquer derrogação a essa regra tem que ter fundamento na própria Constituição; não se aplicam a essas empresas as leis ordinárias que derogam o direito comum;

2. as que desempenham serviços públicos e que se submetem ao artigo 175; embora atuem sob regime de direito privado, as derrogações a esse princípio constam não apenas da própria Constituição, como também de leis ordinárias; aqui as derrogações podem ser maiores, porque não encontram a barreira da norma constitucional que determinou a adoção desse regime.¹²

Salvo as excepcionais aplicações de normas de direito público a algumas das práticas por elas adotadas, as empresas públicas, especialmente em sua atuação voltada às atividades econômicas típicas dos ramos em que estão inseridas (atividades-fim justificativas das suas instituições), são regidas pelo mesmo regime jurídico a que estão submetidas as empresas privadas.

Relativamente à aplicação de princípios e regras de direito público às empresas estatais, a sua incidência dá-se, em especial, no regramento de práticas relacionadas às chamadas atividades-meio (isto é, atos e atividades que não guardam relação direta com os fins societários), alcançando aspectos relacionados à sua instituição, organização, funcionamento, relacionamento com o ente instituidor, e à atuação em tarefas

delegadas do Poder Público com utilização de recursos públicos. Na regência dessas situações, compreendidas as empresas estatais como integrantes da Administração Pública (mantendo a finalidade de atender a interesses do Estado), os princípios e regras de direito privado são insuficientes e inadequados.

A Constituição Federal, fundamentalmente no artigo 37, fixa expressamente as derrogações à regência de direito privado das empresas estatais, promovidas em prol da aplicação de normas de direito público. Iniciando pelo 'caput' do artigo 37 em que reforça o papel de instrumentos de ação do Estado desses entes, para obrigá-los a respeitar os princípios basilares da Administração Pública, segue definindo derrogações do direito privado: nas regras de seleção e contratação de empregados, determinando o provimento por concurso público; nas regras de acumulação de cargos, proibindo-a, com poucas exceções, em relação a cargos na administração pública; nas regras relativas à liberdade de estabelecimento de subsidiárias ou participação no capital de empresas privadas, condicionando essas possibilidades à autorização legislativa específica; nas regras de contratação de compras, obras e serviços, impondo o regime licitatório público; nas regras relativas à publicidade, limitando as finalidades de seu uso; nas regras relativas à remuneração de pessoas, estabelecendo limites e parâmetros equiparados aos aplicáveis à administração direta (exclusivamente para as empresas estatais dependentes, isto é, as que recebem recursos dos entes instituidores para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio geral).

As derrogações de regime promovidas na Constituição, igualando, em alguns aspectos, as práticas das empresas estatais às impostas aos entes públicos em geral, apresentam visíveis reflexos na aplicação da legislação infraconstitucional, como é o caso, por exemplo, da adoção do concurso público como forma de admissão de empregados (em contraponto à livre contratação praticada na iniciativa privada), derrogação essa que se justifica em face dos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, que também norteiam as práticas empresariais do Estado (Constituição da República, artigo 37 "caput" c/c inciso II).

6.1 A instituição de empresas estatais e a natureza jurídica do patrimônio formado

Em decorrência de derrogação expressa do regime jurídico privado relativamente às empresas estatais, a instituição de entes estatais com essa natureza somente pode ser realizada mediante autorização legislativa em lei específica. Tal estipulação está fixada no inciso XIX do artigo 37 da Constituição Federal.

Nesse particular o instituidor não está autorizado a atuar com a liberdade conferida ao particular, que por mero ato de vontade pode

destinar patrimônio à constituição de empresa. Por tratar-se de situação em que está em jogo, além da atuação estatal em atividade em que está permitida apenas justificada e excepcionalmente, a destinação de bens e dinheiros públicos, o constituinte estabeleceu mecanismo de controle externo da atuação governamental, impondo a via legislativa autorizativa como condição de validade e eficácia dos atos de instituição e destinação de patrimônio.

Tal mecanismo de controle estende-se, inclusive, à criação de subsidiárias dessas empresas, bem como para a participação delas em empresa privada (artigo 37, XX). Assim, o Chefe do Poder Executivo, entendendo necessitar de um novo instrumento de ação em forma de empresa estatal, deve encaminhar à apreciação do órgão legislativo competente a proposta de autorização para a sua instituição.

Autorizada a instituição e fixadas as atividades específicas que deverá desenvolver (nos setores de produção, comercialização ou prestação de serviços em que atua a iniciativa privada) a nova empresa estatal, pelo legislativo, sua efetivação dar-se-á por meio de instrumento administrativo infralegal, o decreto, expedido pelo chefe da pessoa política competente. Porém, a efetivação da instituição, em razão da personalidade de direito privado, somente se dará com o registro de seus atos constitutivos no órgão competente. Só então adquire personalidade jurídica e passa a existir a empresa (sociedade empresária).

Empresa, no sentido utilizado pelo Código Civil ao conceituar o empresário (artigo 966), "é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços". Para que seja possível o exercício da atividade econômica pela sociedade empresária, faz-se necessária a presença de um complexo de bens (corpóreos e incorpóreos), denominado estabelecimento. Esses bens, uma vez integrados ao patrimônio da empresa, desvinculam-se do patrimônio do instituidor, formando uma universalidade de fato sujeita a toda a sorte de negócios jurídicos, especialmente à garantia dos credores.

Em respeito às imposições constitucionais, para que não estabeleçam concorrência desigual às empresas privadas, as empresas estatais aqui tratadas não gozam de nenhum privilégio especial em relação às obrigações tributárias e as conseqüências patrimoniais de seus atos e negócios, exceto no que diz respeito à falência (Artigo 2º, incisos I e II da Lei nº. 11.101/2005).

Cabe aqui um parêntesis para esclarecer que a exceção relativa à falência não constitui afronta à paridade entre as empresas privadas e as empresas estatais que exploram atividade econômica, imposta como princípio constitucional. Isto porque, sopesados os valores em causa à luz das diretivas de interpretação constitucional acima estudadas, têm-se, de um lado os princípios da supremacia do interesse público e da legalidade, representados pelas razões de instituição da empresa pública e pelo modo utilizado para instituição da sociedade empresária (lei),

de outro, o princípio da livre concorrência que tem como decorrência a referida paridade.

Admitir-se a falência em benefício do atendimento de interesses dos credores representaria duplo ferimento de valores maiores do sistema: a uma, dar-se-ia, com a extinção, ofensa às razões que levaram à criação da sociedade, em afronta à supremacia do interesse público; a duas, pela decretação da falência por membro do Poder Judiciário (quando a competência cabe exclusivamente ao legislativo - autorizar expressamente - e ao Executivo - extinguir - em razão do princípio do paralelismo de forma, em que o ato de extinção deve equivaler-se em nível de poder ao do ato de instituição), equivaleria a autorizar-se o Judiciário a desfazer ato do Legislativo e do Executivo, ferindo o princípio da separação de poderes e o da legalidade.

Resulta, assim, solução mais harmônica, consentânea com os princípios interpretativos do efeito integrador, da máxima efetividade, e da interpretação das leis conforme a Constituição, bem como da regra de solução de antinomia entre princípios, valorando-os e promovendo-se o recuo daquele de menor relevância no caso concreto.

Retomando a questão da regência patrimonial das empresas estatais, cabe registrar que o Supremo Tribunal Federal tem reiterado, a exemplo das posições exaradas nos acórdãos proferidos no MS 23.875/DF e no MS 23.627-2/DF, que a participação integral ou majoritária do Estado em entidades de direito privado, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista, não transmuda seus bens em públicos, esses bens e direitos, embora pertençam de forma indireta à administração pública, não são propriamente públicos. São geridos considerando-se a atividade-fim, tipicamente privada.

É importante salientar que, mesmo tendo o STF fixado recentemente nova posição relativamente ao tema dos poderes de fiscalização do TCU¹³, esse novo posicionamento não alcançou a definição sobre a natureza dos bens em si, senão o tratamento conferido a eles, qual seja, o de coisa pública (em razão da origem pública dos recursos e do interesse público justificador do aporte estatal), o que, então, autorizaria um maior alcance de fiscalização do TCU nas estatais que exploram atividade econômica, por meio de concessão de maior amplitude ao comando do inciso II do Artigo 71 da Constituição Federal.

Como consequência dessa situação patrimonial atribui-se ao instituidor o papel equivalente ao de sócio da empresa, o que lhe confere poderes de controle externo (finalístico e de resultados, exercitados por meio da supervisão de órgão da administração direta, e pela nomeação de prepostos seus para os cargos de alta gestão) e os dividendos decorrentes dos resultados da atividade econômica desenvolvida pela sociedade empresária.

Por gozarem de autonomia financeira e de gestão patrimonial, e não onerarem os correspondentes cofres públicos, as empresas estatais

submetidas à regência do artigo 173 da Constituição, *a priori*, não estão sujeitas ao controle de gastos imposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁴, exceto no que se refere ao orçamento de investimentos (que, no caso das empresas federais, integra o Orçamento da União, por força do disposto no inciso II do § 5º do artigo 165 da Constituição), à prestação de informações em balanço e aos gastos com custeio em geral e despesas de pessoal (quando forem dependentes dos cofres públicos para este fim).

As empresas estatais não gozam da mesma autonomia que as empresas privadas no que pertine à contratação de obras, serviços, compras e alienações de bens. Sujeitam-se, por expressa derrogação do regime de direito privado promovida pelo inciso III, do § 1º do artigo 173 da Constituição, ao procedimento licitatório. Muito embora a Constituição sinalize a possibilidade de flexibilização do regime comum de licitações imposto aos demais entes da Administração para as empresas estatais, o legislador ordinário ainda não editou a norma específica prevista no § 1º do artigo 173.

Nada obstante, o Tribunal de Contas da União tem levado em conta as peculiaridades das empresas estatais, mitigando o rigor de aplicação da Lei nº. 8.666/93 para as contratações diretamente relacionadas às atividades-fim das instituições. Serve para bem ilustrar essa postura, o excerto de acórdão do TCU abaixo transcrito:

Neste contexto, não há dúvida de que o financiamento rural disponibilizado pelo Banco do Brasil representa uma operação bancária típica e que a contratação do seguro que lhe é afeta caracteriza-se como uma operação bancária acessória, operações estas diretamente vinculadas à atividade-fim. (...)

Assim, entendo que exigir do Banco do Brasil - nas condições postas de estar atuando em um mercado concorrencial, sob o jugo do princípio da eficiência - a realização de licitação para contratar seguro de penhor rural nas operações de financiamento rural iria de encontro às próprias deliberações desta Corte em que foram excepcionadas da incidência da Lei nº 8.666/93 aquelas operações incluídas nas atividades finalísticas das empresas. Nos termos já decididos, até que seja editada a norma legal de que trata o artigo 173 da Constituição Federal, as estatais deverão observar os ditames da Lei nº. 8.666/93 e de seu próprio Regulamento, podendo utilizar da situação de inexigibilidade quando da contratação de serviços que constituam sua atividade-fim.¹⁵

6.2 O regime trabalhista privado aplicado à gestão de pessoas nas empresas estatais

A gestão de pessoas nas empresas estatais do artigo 173 da Constituição é predominantemente regida pelo regime próprio das empresas privadas, qual seja, aquele previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), salvo os afastamentos do regime da CLT promovidos por expressa derrogação constitucional.

Por tratar-se de situação jurídica a que se atribui o caráter de princípio constitucional, na aplicação do regime jurídico privado a essas relações em sede de interpretação sistemática da Constituição e das normas infraconstitucionais, afasta-se, eventualmente, a aplicação de outros princípios buscando-se o efeito integrador que favoreça a conciliação política, e a máxima efetividade da orientação contida no direcionamento dado pelo constituinte.

Em face disso, torna-se inviável a imposição de restrições às empresas e estatais e aos seus empregados que sejam incompatíveis com os limites derogatórios estabelecidos na Constituição, como também não é razoável qualquer tipo de equiparação dos empregados dessas empresas aos servidores públicos e aos empregados vinculados a outras categorias de entes que integram a estrutura administrativa do Estado.

Nesse sentido, a Eminentíssima Ministra do STF, Ellen Gracie, em sede de Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário em que se pleiteava a concessão de estabilidade no emprego a empregado de empresa estatal, proferiu decisão que bem define a questão, assim proferida:

Inviável a invocação dos princípios de direito administrativo consagrados no caput do artigo 37 da Constituição Federal para garantir à embargante estabilidade no emprego não prevista na legislação pertinente, ante o disposto no artigo 173 da Lei Maior.¹⁶

De forma aparentemente contraditória a esse postulado (no que diz respeito às empresas estatais de regência de direito privado às quais vêm sendo aplicada nas instâncias inferiores e mesmo nas Cortes Superiores para anular reenquadramentos funcionais), apresenta-se a súmula nº. 685 do STF, que contempla que "é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido".

O dispositivo constitucional invocado é o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, que impõe a utilização do concurso público para a contratação de pessoas nas empresas estatais e demais órgãos da Administração, nos seguintes termos:

Art 37...

(...)

II - investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

A expressão "emprego público", aplicada à relação de emprego estabelecida entre o trabalhador e a empresa estatal, constitui impropriedade conceitual, haja vista trata-se de relação empregatícia estabelecida com base em regras comuns em face de sociedade empresária regida pelo direito privado. A expressão só é apropriada para designar a relação empregatícia que se estabelece com órgãos da Administração Direta (nas situações em que a lei autoriza a utilização do regime celetista para esse fim). Não há dúvidas, entretanto, de que o concurso público é exigível para contratação de pessoas pelas empresas estatais, senão pelo dispositivo antes transcrito, certamente em razão do direito ao acesso isonômico aos cargos da estrutura administrativa do Estado assegurado no inciso I do próprio artigo 37.

Certamente, por questão de racionalidade administrativa, a natureza e complexidade do cargo devem condicionar as exigências de qualificação para assunção de qualquer emprego ou função na iniciativa privada ou na área pública. Na área pública, os diversos órgãos, em razão da maior especialização e divisão de atribuições num modelo rígido formulado nas leis de organização das atividades administrativas do Estado, têm suas atividades e as estipulações referentes à organização dos seus quadros funcionais estabelecidos em lei. Já nas empresas estatais, em razão de sua regência celetista e da aplicação de regras de gestão emprestadas da iniciativa privada, a organização das estruturas necessárias ao desenvolvimento da atividade empresarial, com o dinamismo que é peculiar neste campo, fixa-se na esfera decisória dos gestores.

Dúvidas não há, também, em relação à autonomia gerencial dos administradores das empresas públicas (em sua atuação equiparada aos dos gestores de empresas privadas) em relação à modelagem organizacional: criando e extinguindo áreas internas; modificando o perfil de seus produtos e serviços em função das exigências mercadológicas a que estão submetidos no cumprimento dos fins consignados à organização, o que impõe uma mobilidade de pessoas desconhecida no setor público.

Segundo o modelo de relacionamento "empregador-empregado" formulado na CLT, o vínculo empregatício é inaugurado por um contrato de trabalho em que se estabelecem os direitos e obrigações recípro-

cos e básicos, em que, resguardadas as garantias mínimas asseguradas em lei e nos instrumentos coletivos, todo tipo de alteração é lícita e possível. Em seu curso natural, a tendência é de que a relação se desenvolva no sentido do aprimoramento do negócio e da ascensão funcional do trabalhador. Nenhuma mobilidade não gravosa ao trabalhador é proibida. Aliás, é comum ouvirem-se relatos do menino que iniciou sua vida profissional como contínuo e aposentou-se como diretor da organização.

Por tratar-se de relacionamentos que costumam se estender por longo tempo, é esperado que as pessoas melhorem seu nível de escolaridade e desenvolvam habilidades, que, certamente, não são desperdiçadas na iniciativa privada. A experiência e o conhecimento do negócio acumulados pelo empregado no curso da relação, certamente constituem patrimônio pessoal dele, como também representam valor agregado à organização, que deve aproveitá-los para o melhor resultado do negócio em qualquer setor da atividade em que possam ser úteis. Para isso existem promoções, reenquadramentos e revisão da remuneração.

Em face dessas particularidades, parece-nos que orientação contida na Súmula nº. 685 do STF apresenta-se incompatível com a aplicação da regência celetista indicada pela Constituição, gerando dificuldades à gestão ágil e flexível que se espera das empresas estatais - autorizadas a operar sob regime de direito privado exatamente por causa disso - em dissonância com o que é permitido ao empregador privado, criando-se desarrazoada onerosidade para as empresas estatais, haja vista tornar-se mais complexo e caro instituir carreiras internas, especialmente as profissionais, com seleção externa, além de se gerar uma rotatividade de pessoas muito forte, em geral por concorrência de outros órgãos públicos, com desperdício de patrimônio humano (intelectual e de memórias) e forte desestímulo ao aperfeiçoamento profissional dos empregados.

As pressões de mercado sobre as organizações empresariais estatais acabam por promover o uso de soluções criativas ou alternativas, que buscam contornar a exigência e realizar o aproveitamento de pessoas que detêm conhecimentos especiais e estratégicos e já estão preparadas. Surgem, assim, diversas distorções, como a forte expansão do número de cargos comissionados e funções de confiança, e, o mais inusitado, a indução do empregado à prestação de concurso externo, em razão do qual, uma vez aprovado, solicita o seu desligamento, para, imediatamente, ser recontratado na nova função, com eventual renúncia a direitos adquiridos.

Esta última situação é diretamente repudiada pelo Direito a teor da antiga Súmula nº. 20 do Tribunal Superior do Trabalho, que prescrevia: "Readmissão fraudulenta. Não obstante o pagamento de indenização de antiguidade, presume-se em fraude à lei a resilição contratual, se o empregado permaneceu prestando serviço ou tiver sido, em curto prazo readmitido". Apesar da revogação da Súmula, o artigo 453 da CLT ainda respalda a tese. Esta situação certamente ainda seguirá sendo objeto de

apreciação no Judiciário, vez que as distorções acima referidas continuam acontecendo na administração das empresas estatais, e quiçá alcançamos solução mais harmonizada com os princípios constitucionais, como acima proposto.

Outra vertente de controvérsias que atinge as empresas estatais, constantemente levadas aos Tribunais, diz respeito aos alcances dos regimes disciplinares e os métodos de imputação de responsabilidades dessas instituições. Por tratar-se de relação empregatícia regida pela CLT, é o contrato, ao qual aderem as normas internas da empresa, que fixa os direitos e deveres que dirigem as condutas do empregado.

Confunde-se com freqüência a regência da relação trabalhista aqui analisada com a que se estabelece entre servidores dos entes de direito público - regidos por legislação específica que prevê procedimentos tipicamente administrativos - pretendendo aplicar regras e princípios do processo administrativo a um procedimento interno das empresas regido pela CLT e pelo contrato de trabalho.

Invoca-se, via de regra, o direito fundamental do artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, para invalidar atos disciplinados pelas normas internas como se estivessem sujeitos à legislação que regula atos e procedimentos relativos à apuração de responsabilidades de funcionários públicos ou à legislação que disciplina os processos administrativos, no entanto, não se trata de processo administrativo, sendo inviável a aplicação do disposto naquele inciso do artigo 5º.

A regência por critérios internos, entretanto, não confere aos gestores das estatais a prerrogativa de suplantar valores ético-políticos que se impõe à Administração como um todo. Constatada condução arbitrária ou discriminatória de procedimento disciplinar em empresa pública, os princípios da moralidade e da legalidade autorizam a revisão dos atos viciados em sede judicial.

Enquanto não existem dúvidas acerca da possibilidade de demissão de empregados das estatais por justa causa em razão do cometimento de falta grave (artigo 482 da CLT), já foi objeto de longos e acirrados debates a possibilidade de rescisão sem justa causa de contratos de trabalho de empregados de empresas estatais. No entanto, a possibilidade de utilização desse instrumento, desde que contemplada em norma interna que afaste o risco de arbitrariedades ou o uso de razões que não se sustentem à luz da razoabilidade, está pacificada no TST e no STF.

Embora boa parte da doutrina ainda considere válida a equiparação dos empregados das empresas estatais a funcionários públicos para fins de responsabilização criminal (§ 1º do artigo 327 do Código Penal), Maria Sylvia Di Pietro entende que a equiparação só é possível em relação aos empregados de empresas governamentais prestadoras de serviços públicos, não sendo aplicável às que exercem atividade econômica, seja porque não há derrogação expressa da Constituição que permita a quebra da isonomia com os empregados das empresas privadas, seja

porque o Código Penal considera funcionário público somente aquele que exerce função pública, o que não acontece com os empregados das empresas estatais do artigo 173, que atuam no domínio econômico sob regras de direito privado. (op. cit. p. 392)

Na mesma perspectiva, são questionáveis os dispositivos da chamada Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92, artigos 1º e 2º), posto que promovem equiparação semelhante à feita no Código Penal. Embora o diploma legal promova alargamento dos conceitos de agente público e do patrimônio público, estes se mostram em dissonância com os parâmetros fixados na Constituição, provocando a inconstitucionalidade da regra em face dos empregados de empresas estatais.

7 O controle externo das empresas estatais pela própria administração e pelo poder legislativo

Em razão de serem instituídas como entes descentralizados com vistas ao atendimento de interesses ou fins públicos específicos, há natural e legítimo interesse das pessoas políticas instituidoras na verificação do correto atendimento das atividades transferidas à empresa estatal.

O controle direto e imediato é exercido pelo Executivo, cabendo ao Legislativo, diretamente ou por meio das Cortes de Contas, o acompanhamento de natureza política e financeira. Já o controle do Judiciário é eventual e só se dá por provocação das pessoas legitimadas a demandar em juízo acerca de interesses que envolvam as empresas estatais.

Na esfera federal o controle administrativo é denominado de supervisão ministerial e encontra-se regulamentado pelo Decreto-Lei nº 200/67. O artigo 26 desse diploma estabelece supervisão ministerial voltada a assegurar, especialmente: a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade; harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade; eficiência administrativa; a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade. Note-se que não se trata de controle hierárquico e sim finalístico. Apresenta um caráter essencialmente fiscalizatório. Em razão de ser instituído nessa direção e em respeito à autonomia administrativa conferida às empresas estatais, só pode ser exercido nos limites estabelecidos em lei.

A Administração Pública pode utilizar diversos meios para controlar o adequado funcionamento das empresas estatais. O mais usual e eficaz é valer-se da força de sua participação no capital da instituição para impor a nomeação de dirigentes afinados com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade.

Outras práticas usuais e aceitas são, por exemplo: acompanhamento sistemático por meio de demonstrativos que permitam aferir o desempenho da gestão da empresa em todos os aspectos relevantes; fixação de limites para as despesas administrativas, especialmente de custeio e de pessoal; realização de auditorias, etc. Excepcionalmente, por

razões de interesse público, pode ser necessária a intervenção direta na entidade.

Registre-se, ainda, que a Constituição determina que os Poderes da República mantenham sistema de controle interno para, em concomitância com o Congresso Nacional, promover a fiscalização e o desempenho dos entes federais nos aspectos contábeis, financeiros e orçamentários. Em atendimento a essa finalidade o Governo Federal instituiu a Corregedoria da República - depois designada Controladoria-Geral da União - vinculada à Presidência da República, que exerce controle sobre as atividades desenvolvidas pelas empresas estatais nos limites autorizados ao Legislativo e à sua Corte de Contas na Constituição.

Extremamente mais complexa é a fixação desses alcances do controle legislativo estabelecidos na esfera constitucional. Como se sabe, um dos princípios mais elevados do ordenamento constitucional é o da independência entre os Poderes. Aqui se trabalha com hipótese de interferência direta de um Poder na esfera de atribuições legais de outro.

O respeito à separação de Poderes impõe a preservação da autonomia e independência de cada um deles. Como as atribuições que definem o espaço de atuação institucional correspondente a cada um dos Poderes estão fixadas na Constituição, o exercício da função de controle, externa ao Poder, está limitado às autorizações expressas concedidas pela própria Constituição.

O controle político exercido pelo Legislativo dá-se principalmente por meio de requisições de informação a todos e quaisquer entes e agentes da Administração, convocação de gestores públicos para prestar esclarecimentos e Comissões Parlamentares de Inquérito. As correspondentes autorizações constitucionais encontram-se diluídas entre as competências do Congresso Nacional.

O controle financeiro está regulamentado na Constituição da República em meio às regras de Organização dos Poderes, no capítulo referente ao Poder Legislativo, que estabelece na Seção IX os princípios e as normas básicas relativos à "Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária" aplicáveis, inclusive, aos demais entes federativos (artigo 75).

No âmbito federal esse controle é exercido pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Compete àquela Casa, por força da autorização concedida no artigo 70, "a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas".

O alcance dessa autorização está, no entanto, limitado no parágrafo único do mesmo dispositivo às contas daqueles que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária. Assim, a fiscalização exercida

pelo Congresso Nacional relativamente às contas de entidades vinculadas ao Poder Executivo, seja por sua atuação direta, seja por meio do Tribunal de Contas da União (TCU), não pode exceder dos limites estabelecidos na própria Carta Constitucional, devendo ficar limitada ao gerenciamento e à aplicação de bens e valores públicos, sendo este o norte interpretativo adequado à avaliação da pertinência de interferências do Legislativo na esfera de poder do Executivo. Todas as disposições constitucionais relacionadas a essa fiscalização, em especial as dos artigos 70 e 71, estão relacionadas ao afastamento de riscos ou à responsabilização de condutas que possam de alguma forma causar prejuízo direto ao erário público.

Como visto acima, ao analisar-se a natureza jurídica do patrimônio das empresas estatais, os bens e valores pertencentes às empresas estatais não integram o patrimônio público. Nada obstante, é freqüente na atuação do TCU em sede de tomada de contas de gestores das instituições estatais voltadas para a exploração de atividades econômicas, a censura a situações em que se encontravam os gestores operando na exclusiva administração do patrimônio das próprias empresas, com adoção de práticas e estratégias empresariais típicas dos setores em que atuam, situações em que não se mostra apropriada a adoção de critérios de julgamento e avaliação de condutas concebidos para a atividade tipicamente pública.

Há situações em que as empresas estatais realizam atividades delegadas pelo Poder Público, valendo-se de recursos públicos no desenvolvimento de atividades de fomento ou de assistência social. Porém, são situações excepcionais, que não desnaturam o caráter privado das atividades-fim desses entes. Neste caso, não há dúvidas de que os agentes públicos estão submetidos à fiscalização legislativa.

Entretanto, via de regra, as conclusões de tomadas de contas e a conseqüente responsabilização de administradores das empresas estatais são impróprias, posto que carregam inadequadas avaliações dos fatores de risco inerentes às práticas usuais nos ramos de negócio em que as empresas encontram-se inseridas.

Não se coaduna com a regência celetista dos empregados de empresas estatais, a responsabilização administrativa que se estabelece externamente à relação laboral, fixada no contrato de trabalho e nas regras internas a ele aderidas. Afigura-se, outrossim, violação à regência de direito privado conferida às empresas estatais no que diz respeito aos direitos e obrigações trabalhistas, por expressa disposição constitucional

Nesse sentido vinha se posicionando o Supremo Tribunal Federal até o final de 2005, cabendo aqui transcrever acórdão ilustrativo:

CONSTITUCIONAL. ATO DO TCU QUE DETERMINA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL DE EMPREGADO DO BANCO DO BRASIL - DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E

VALORES MOBILIÁRIOS, SUBSIDIÁRIA DO BANCO DO BRASIL, PARA APURAÇÃO DE "PREJUÍZO CAUSADO EM DECORRÊNCIA DE OPERAÇÕES REALIZADAS NO MERCADO FUTURO DE ÍNDICES BOVESPA". Alegada incompatibilidade desse procedimento com o regime jurídico da CLT, regime ao qual estão submetidos os empregados do banco. O prejuízo ao erário seria indireto, atingindo primeiro os acionistas. O TCU não tem competência para julgar as contas dos administradores de entidade de direito privado. A participação majoritária do Estado na composição do capital não transmuda seus bens em públicos. Os bens e valores questionados não são da administração pública, mas os geridos considerando-se a atividade bancária por depósitos de terceiros e administrados pelo banco comercialmente. Atividade tipicamente privada, desenvolvida por entidade cujo controle acionário é da União. Ausência de legitimidade do Impetrado para exigir instauração de Tomada de Contas Especial ao Impetrante. Mandado de Segurança deferido.¹⁷ (nosso grifo)

Do voto do Ministro Ilmar Galvão, proferido nos autos desse mesmo mandado de segurança, destaca-se:

Na verdade, competência dessa natureza não pode ser extraída da norma do caput do artigo 70 da CF, que cuida da aplicação das subvenções e renúncia de receitas - matéria estranha às sociedades de economia mista - nem do respectivo parágrafo único que refere pessoa física e jurídica que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos, ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária, funções que nada têm a ver com as atividades regulares das sociedades de economia mista, organizadas para exploração de atividade econômica.

Do mesmo modo, conforme já assinalado, não autoriza ilação nesse sentido o inciso II do artigo 71, que prevê o julgamento, pela Corte, das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e soci-

idades instituídas e mantidas pelo Poder Público, logicamente quando responsáveis por bens públicos, o que não é o caso dos bancos, salvo, por óbvio, quando agirem na condição de gestores de fundos governamentais, como ocorre com a Caixa Econômica Federal, relativamente ao FGTS, ou na condição de depositários de recursos financeiros relativos a programas e projetos de caráter regional, ou de responsabilidade da União, estritamente quanto à guarda e administração de tais recursos. No mais, no que concerne às instituições como a impetrante, o que se dá é a exploração de atividade econômica, de prestação de serviço, que se realiza, sabidamente, sob as mesmas condições a que estão sujeitas congêneres particulares, sem qualquer tratamento privilegiado, salvo os que vierem a ser estabelecidos pela lei prevista no § 1º do artigo 173, ainda não trazida à lume pelo legislador ordinário.

Também merece destaque voto proferido pelo mesmo Ministro nos autos de outro mandado de segurança, proferido nos seguintes termos:

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Banco do Brasil contra ato do Tribunal de Contas da União, pelo qual lhe foi determinado a instauração de Tomada de Contas Especial para apuração de fatos verificados em sua agência de Viena. (...) Evidente, pois, que a competência do Tribunal de Contas diz com as contas dos responsáveis por valores públicos, expressão que exclui, de pronto, desenganadamente, dessa competência do Tribunal de Contas, o julgamento das contas dos administradores de entidades de direito privado, como as empresas públicas e sociedades de economia mista, cujo patrimônio, incluídos bens e direitos, não revestem a qualidade de bens públicos, mas de bens privados.¹⁸

Em razão de escândalos políticos envolvendo contratos com empresas estatais que se encontravam em apuração em diversas Comissões Parlamentares de Inquérito instaladas no Congresso Nacional ("mensalão", "bingos" etc.) apresentou-se ocasião que recomendava o estabelecimento de maior rigor no controle da gestão de empresas estatais. Atento a essa situação, entendeu o STF por reformar parcialmente seu posicionamento acerca dos poderes atribuídos ao TCU para fiscaliza-

ção e controle desses entes. As decisões foram assim ementadas, naquilo que interessa a este ponto do presente estudo:

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - FISCALIZAÇÃO. Ao Tribunal de Contas da União incumbe atuar relativamente à gestão de sociedades de economia mista. Nova inteligência conferida ao inciso II do artigo 71 da Constituição Federal, ficando superada a jurisprudência que veio a ser firmada com o julgamento dos Mandados de Segurança nº 23.627-2/DF e 23.875-5/DF.¹⁹

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA: FISCALIZAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. ADVOGADO QUE DEIXA DE APRESENTAR APELAÇÃO EM QUESTÃO RUMOROSA.

I.- Ao Tribunal de Contas da União compete julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (CF, artigo 71, II; Lei 8.443, de 1992, artigo 1º, I).

II.- As empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da administração indireta, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, não obstante os seus servidores estarem sujeitos ao regime celetista.²⁰

Nada obstante a aparente concessão pelo Supremo Tribunal Federal de ampla liberdade de fiscalização das estatais ao TCU, a transcrição de alguns trechos dos votos condutores da mudança de posição é elucidativa dos limites postos pelo próprio STF a essa atuação, de forma a preservar a autonomia e a regência conferidas pela Constituição às estatais. Certamente essas razões estarão presentes em qualquer retorno futuro à matéria no STF, razão pela qual integram necessariamente a sua compreensão e aplicação. Vejamos, então, trechos dos votos proferidos no julgamento:

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, antecipo que sigo a mesma luminosa trilha dos votos precedentes. Gostaria de dar fundamentação que, de alguma forma, possa densificar, espero, esses votos a que me refiro.

Quando, por efeito de emenda, foi introduzido no artigo 173 o § 1º, que remete à lei própria a definição do estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista, quando dessa inserção constitucional confesso que fiquei um pouco atarantado para aplicar à sociedade de economia mista e empresas públicas a fiscalização dos tribunais de contas. Depois maturei um pouco a interpretação desse § 1º e cheguei a conclusão diversa.

Leio a Constituição:

"§1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias" - especialmente para o fim de nº 1.

"I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;"

Pois bem, a minha nova conclusão foi que essa fiscalização, por lei, não pode ser substitutiva da fiscalização já figurante da Constituição, pois é fato que a Constituição contém vários dispositivos cujo conteúdo é, justamente, a fiscalização das empresas públicas e sociedades de economia mista pelos tribunais de conta, inclusive. Essa lei, se fosse substitutiva dos comandos constitucionais, deixaria esses comandos sem função. Numerosos comandos constitucionais ficariam inutilizados - o que não me parece uma interpretação correta.

(...)

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - A meu ver, essa fiscalização, a ser organizada por lei, pode, sim, emitir juízo de valor sobre as políticas empresariais que as empresas estatais estejam a desenvolver. Creio que deve ficar bem claro - ainda como obter dictum, neste julgamento, que já prenuncia a viragem da jurisprudência - , que isso não cabe ao Tribunal de Contas.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - É o complemento do meu ponto de vista. Primeiro juízo: essa lei não é uma substituição pura e simples da fiscalização já determina pela Constituição.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - É isso que acho muito importante deixar posto: a título de fiscalização da economicidade, não pode arrogar-se o Tribunal de Contas a

ser tutor da administração de empresas estatais, sobretudo daquelas que atuam em regime de intensa competitividade, de que são exemplos os bancos oficiais sobreviventes à privatização.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Exatamente. Mas acho que tenho resposta para isso, Excelência. Meu primeiro juízo foi este: a lei não pode ser, pura e simplesmente, substitutiva dos comandos constitucionais, porque inutilizaria a funcionalidade desses comandos. Restariam eles eficazmente inócuos. Então, parece-me que essa lei é para otimizar a aplicação dos comandos constitucionais quanto às peculiaridades mercantis dessas entidades administrativas, para que elas sejam não só de economia mista quanto à formação de seus capitais, mas de economia mista quanto ao seu regime jurídico. Um regime que nem coincide inteiramente com o das empresas privadas nem com o dos órgãos e entidades genuinamente públicos.

(...)

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU - Sr. Presidente, única e exclusivamente para colaborar com essa declaração obter dictum, quero lembrar que a Lei nº 6.223, no artigo 9º, pela qual está vinculado o Tribunal de Contas, expressa:

'Art. 9 - Os Tribunais de Contas, no exercício da fiscalização referida no artigo 8º, não interferirão na política adotada pela entidade para a consecução dos objetivos estatutários contratuais.'

Evidentemente, não se trata de querer interpretar a Constituição segundo a lei, mas deixar bem claro que o Tribunal não pode ir além dos sapatos.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, apenas algumas observações. A mim me parece que o artigo 71, inciso II, da Constituição, repele interpretação expansiva, no sentido que não tolera leitura capaz de restringir o alcance do controle, pelo Legislativo, por intermédio do Tribunal de contas, da gestão de dinheiros, bens e valores públicos. Trata-se da tutela de bens e valores do povo. Sociedades de economia mista são concebidas e, em concreto, criadas em função de finalidades públicas, não apenas como se fossem sociedades de direito privado, guiadas pela atração do lucro, mas sobretudo como prolongamentos do

Estado, de modo que os seus dirigentes devem agir no cumprimento do dever público de resguardo dos interesses e finalidades públicos que presidem a instituição dessas mesmas sociedades. Tampouco me parece discutível o caráter público das ações do Estado, que são apenas bens públicos sujeitos a regime singular de destinação especial e de administração particular. Não apenas as referências as normas constitucionais sobre orçamento, etc., comprovam tal assertiva, senão também a legislação infraconstitucional. O memorial do Tribunal de Contas bem o demonstrou, e dele, apenas a título de exemplo, cito o artigo 17 da Lei nº 8.666, que regula a forma de alienação dessas ações, submetendo-a a autorização legislativa, a avaliação e, até, a concorrência pública, tudo o que confirma tratar-se de campo absolutamente incompatível com a idéia de disponibilidade que caracteriza o regime jurídico dos bens privados.

Outra interpretação a mim me parece que tornaria inviáveis as auditorias previstas no inciso IV do artigo 71 e, portanto, frustraria uma competência específica do Congresso Nacional.

Outras duas observações, que, penso, são importantes, dizem respeito ao artigo 173, §1º, e à questão da metodologia da fiscalização.

O artigo 173, § 1º, acho que não pode ser interpretado senão como previsão de uma norma ou de uma lei tendente a regulamentar a competência que já está no artigo 71. Em outras palavras, remete-se a lei que atenderá às particularidades das empresas e das sociedades de economia mista, podendo, se for o caso, segundo as circunstâncias e a natureza dessas empresas, dispor sobre outras formas de fiscalização, que, sem estatuição expressa, não se concebe nem admite.

Portanto, a falta dessa lei não inutiliza o comando constitucional do artigo 71 e, portanto, não impede a fiscalização do Tribunal de Contas.

A questão que me pareceu algo mais complexa, mas apenas na aparência, é a natureza de controle adequado à sociedade ou sociedades que atuam segundo as regras do mercado e da concorrência. Mas, aí, parece-me que o problema é de metodologia da fiscalização, não problema de

competência para fiscalizar, isto é, deve o Tribunal de Contas, e de certo o fará por competência técnica, seriedade e bom senso dos seus agentes, conciliar as exigências da autonomia empresarial e do interesse público, até porque, no caso das sociedades de economia mista e das empresas públicas, tais requisitos são complementares, não antagônicos.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Se Vossa Excelência me permite, essa lei desempenharia um papel de calibragem da fiscalização, para usar de uma palavra que é muito cara ao dodelo pragmático de ciência jurídica. É uma questão de calibração.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Mas, enquanto não seja editada, é bom advertir que o Tribunal de Contas deve preocupar-se sobretudo com essa metodologia para não inviabilizar, vamos dizer, a operacionalidade dessas empresas.

Respondo agora ao argumento de que tais sociedades não comportariam esse tipo de fiscalização. Eu não diria que seja argumento sofisticado, mas, sem dúvida, é argumento especioso, porque, se tais sociedades fossem insuscetíveis de fiscalização pública, nem a fiscalização de caráter privado poderia dar-se. O fato de essas sociedades terem auditorias e controles internos prova por si que, embora atuando na área empresarial, comportam formas de fiscalização compatíveis com sua natureza, isto é, de entidades destinadas a operar em mercado altamente competitivo.

O que não pode é o Tribunal de Contas interferir em decisões de políticas e de estratégias empresariais, devendo restringir-se aos termos do artigo 72 para resguardar o interesse público contra os procedimentos capazes de acarretar danos ao erário.

(...)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sabemos - e Vossa Excelência já destacou esse aspecto - da sensibilidade desse tema, em que se tomam decisões de risco, por exemplo, no caso específico, tomam-se decisões que têm de ser avaliadas, segundo paradigmas existentes, mas para recuperar créditos, assumindo até determinado tipo de prejuízo.

Por outro lado - e sabemos muito bem que quem já teve alguma experiência na vida pública há de sabê-lo - esses órgãos de fiscalização são engenheiros, em geral, de obras prontas. Devemos dizê-lo com sinceridade: são críticos de obras feitas e, muitas vezes, sem o necessário preparo para fazê-lo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Em boa escala, sim; são pessoas que verificam depois de o desastre já cometido.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - É atuação a posteriori.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, o que se torna muito fácil e, por isso, inclusive, esses sinais graves que às vezes se verificam. De modo que, com essas ponderações, acredito que tenha de haver limitação. É bom, talvez, que as próprias empresas que venham a ser fiscalizadas, levem a questão à esfera judicial. Nesse caso específico, acredito que cabe a impugnação na via ordinária para aferir se de fato o juízo emitido pelo Tribunal de Contas corresponde a essa análise.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - (...) Também deixo explícito outra fonte de preocupações, que há de ter pesado nos precedentes: a de que essa fiscalização se pode tornar abusiva, na medida em que fuja aos estritos limites que constitucionalmente a legitimam e pretenda imiscuir-se na tomada de decisões ou na execução de decisões empresariais das empresas públicas e sociedades de economia mista: para isso, há o apelo ao controle jurisdicional do excesso, desvio ou abuso de poder.

8 Conclusão

As empresas estatais estudadas possuem natureza *sui generis*, são, em essência, extensão do Estado, porém, recebem autorização para atuar como se particulares fossem. Tal singularidade obriga o operador do direito, para compreendê-las, a empreender um esforço de conciliação da dúplici regência a que estão submetidas: um regime de direito predominantemente privado (especialmente quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários), mitigado por derrogações promovidas em prol da aplicação de prescrições de direito público.

Aqui reside, como demonstrado, o maior desafio à adequada aplicação da regência legal cabível às empresas estatais. Boa parte da doutrina, o legislador, e uma parcela muito significativa de juízes, procuradores e outros operadores do direito, por não terem percebido as peculiaridades acima assinaladas, ou por não terem estabelecido uma percepção mais acurada acerca das diferentes espécies de entes que integram a chamada Administração Indireta definidas na Constituição Federal, bem como em relação aos impactos das prescrições constitucionais delimitadoras da atuação dessas diversas figuras (com derrogações de regime produzidas em graus variados), acabam incorrendo em erros de tratamento, avaliação e julgamento relativos a muitas questões envolvendo as empresas estatais do artigo 173 da Constituição, como se constatou neste estudo.

Também ficou confirmado o acerto do caminho seguido, pois não existe guia mais seguro do que as regras de hermenêutica acima estudadas para nortear qualquer análise jurídico-legal. A interpretação conforme a Constituição, que estabelece o ponto focal de estudo nos princípios constitucionais, vai sempre resultar numa avaliação da situação concreta em harmonia com o sistema. Nessa perspectiva, aplicados os critérios de análise acima apontados, pode-se concluir com segurança em relação às empresas estatais, que o direito privado é a regra (estabelecida na Constituição), sendo o direito público a exceção. Como tal, só pode ser aplicado em razão de princípio ou regra derogatória que possua força equivalente à norma constitucional que instituiu o regime privado.

Notas

- 1 ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 46
- 2 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1999, p. 19.
- 3 PEDRA, Anderson Sant'Ana. **Interpretação e aplicabilidade da Constituição**. Teresina: Jus Navigandi, 2003, p. 8.
- 4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 65.
- 5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op.cit.*, p. 68.
- 6 *Ibid.*, p. 68.
- 7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op.cit.*, p. 73.
- 8 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1986, p.128-129.
- 9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle Judicial do atos administrativos. RDP 65/27.
- 10 VILLA, Jesús Leguina. A Constituição Espanhola e a fuga do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo Aplicado**, ano 2, nº 6, set. 1995.
- 11 MELLO, Celso Antônio. *Op.cit.*, p. 101.
- 12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op.cit.*, p. 359.

- 13** Vide acórdãos prolatados no julgamento simultâneo dos MS 25.181/DF e 2.5092/DF em 10/11/2005, publicados, respectivamente, em 16/06/2006 e 17/03/2006 - com excertos adiante transcritos.
- 14** Lei Complementar nº 101/2000, artigo 1º, §§ 2º e 3º, b, por exclusão.
- 15** TCU, Pleno, Acórdão nº.624/03 de 11/06/2003.
- 16** STF, 2ª Turma, RE 363.328 - ED, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 19/12/03.
- 17** STF, Tribunal Pleno, MS 23.875/DF, Relator Min. Nelson Jobim, DJU 30/04/2004, p. 34.
- 18** STF, Tribunal Pleno, MS 23.627, Rel. Ministro Ilmar Galvão, acórdão ainda não publicado.
- 19** STF, Tribunal Pleno, MS 25.181-6/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 16/06/2006.
- 20** STF, Tribunal Pleno, MS 25.092-6/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 17/03/2006.

Referências

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **A Constituição e a efetividade de suas normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Unb, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Parcerias na administração pública**. São Paulo: Atlas, 1999.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. Brasília: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de contas especial: processo e procedimento nos tribunais e na administração pública**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIMA, George Marmelstein. As funções dos princípios constitucionais. *Jus Navigandi*, nº 54, 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2624>>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Controle judicial do atos administrativos. RDP 65/27.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Interpretação e aplicabilidade da Constituição: em busca de um Direito Civil Constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, nº 99, 10 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4266>>.

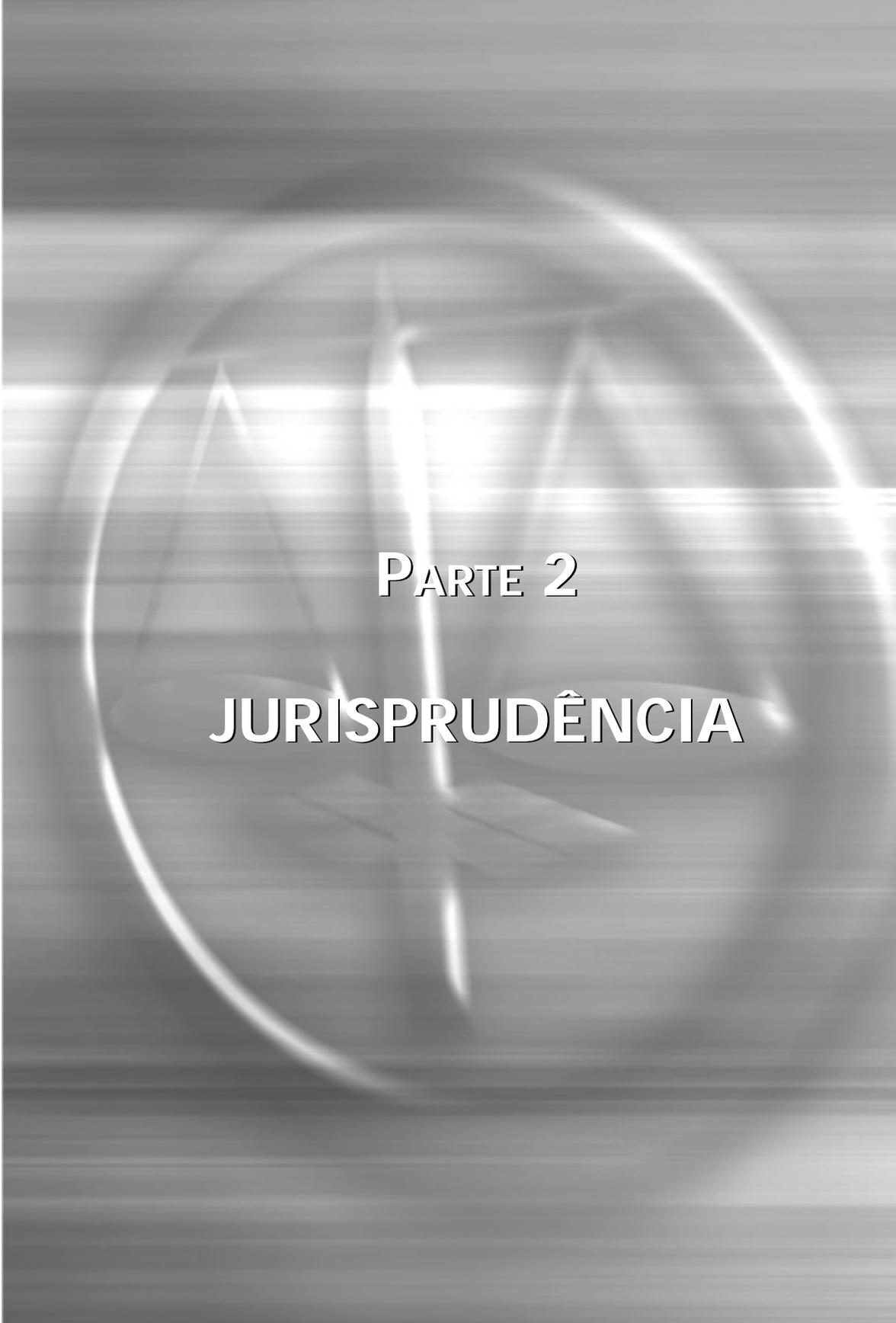
PESSOA, Robertônio Santos. Empresas públicas à luz das recentes reformas (EC 19/98). *Jus Navigandi*, nº 33, 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=384>>.

RÃO, Vicente. **O Direito e a vida dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992.

VILLA, Jesús Leguina. A Constituição Espanhola e a fuga do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, ano 2, nº 6, set. 1995.



PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

Constitucional. Servidor público. Concurso interno. Efeito *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade. Princípios da boa-fé e da segurança jurídica.

EMENTA OFICIAL

CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. PROVIMENTO DERIVADO. INCONSTITUCIONALIDADE. EFEITO *EX NUNC*. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA.

I. A Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos públicos. CF, artigo 37, II. Pedido de desconstituição de ato administrativo que deferiu, mediante concurso interno, a progressão de servidores públicos. Acontece que, à época dos fatos - 1987 a 1992 -, o entendimento a respeito do tema não era pacífico, certo que, apenas em 17/02/1993, é que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, com efeito *ex nunc*, a eficácia do artigo 8º, III; artigo 10, parágrafo único; artigo 13, § 4º; artigo 17 e artigo 33, IV, da Lei 8.112, de 1990, dispositivos esses que foram declarados inconstitucionais em 27.8.1998: ADI 837/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, "DJU" de 25.6.1999.

II. Os princípios da boa-fé e da segurança jurídica autorizam a adoção do efeito *ex nunc* para a decisão que decreta a inconstitucionalidade. Ademais, os prejuízos que adviriam para a Administração seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento dos atos administrativos.

III. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

IV. - RE conhecido, mas não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso extraordinário e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 13 de dezembro de 2005.

Carlos Velloso - Relator.

Recurso Extraordinário nº 442.683-8 - RS. DJU 24/03/2006.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: - O acórdão recorrido, proferido, em apelação cível, pela Quarta Turma do eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, está assim ementado:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESCONSTITUIÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. PROVIMENTO DERIVADO. SERVIDORES DO TRT DA 4ª REGIÃO. CONCURSO PÚBLICO. AGRAVO RETIDO REJEITADO. PRELIMINARES REJEITADAS.

1. Agravo retido rejeitado.

2. A legitimação do MP, a partir da promulgação da Carta Magna de 1988, deve ser interpretada de modo a alargar o rol previsto no artigo 1º da Lei nº 7.347/85, meramente exemplificativo. No caso, o MPF busca a desconstituição de ato administrativo que reputa em desacordo com a ordem jurídica constitucional.

3. Rejeitada a preliminar de prescrição anual, uma que não se está a discutir o resultado do concurso e sim o empossamento dos candidatos .

Desacolhida a preliminar de prescrição quinquenal, eis que não se imputa exclusivamente ao autor a demora na citação dos réus, bem como a pretensão do autor é contra a posse dos servidores nos novos cargos e não contra o resultado do concurso que os habilitou.

4. Não restam dúvidas de que a Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma universal de acesso aos cargos públicos. Todavia, não é menos certo que, à época dos fatos (entre 1987 e 1992), esse não era um entendimento pacífico, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Apenas em 17 de fevereiro de 1993 o STF (na Medida Cautelar na ADIn nº 837-4) suspendeu a eficácia do artigo 8º, III e do artigo 10, X, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, passando a prevalecer o entendimento de que o concurso interno não poderia mais ser realizado.

In casu, os prejuízos que adviriam para a Administração, além dos servidores, seriam maiores que eventuais vantagens do desfazimento destes atos. Prevalece o princípio da segurança jurídica e da boa-fé, como tem entendi-

do a jurisprudência." (Fls. 920-921)

Daí o recurso extraordinário, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, fundado no artigo 102, III, a, da Constituição Federal, com alegação de ofensa ao artigo 37, II, da mesma Carta, sustentando, em síntese, que "qualquer forma de investidura, seja inicial ou derivada, requer a 'aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos'" (fl. 926).

Admitido o recurso (fl. 1.043), subiram os autos. A Procuradoria Geral da República, em parecer lavrado pela ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Sandra Cureau, opinou pelo provimento do recurso (fls. 1.056/1.061).

Autos conclusos em 24/11/2005. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO (Relator): - Tal como informa o Ministério Público Federal, no parecer de fls. 1.056/1.061, da ilustre Subprocuradora-Geral, Dra. Sandra Cureau, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite a ascensão funcional, espécie de provimento derivado vertical, pelo que tem declarado a inconstitucionalidade de dispositivos de leis e de Constituições estaduais que admitem essa forma de provimento derivado vertical. Indico, entre os muitos precedentes, a ADI 3.030/AP, de minha relatoria, citado, aliás, no parecer da Procuradoria Geral da República. No julgamento da ADI 806-MC/DF, também de minha relatoria, outro não foi o decidido pela Corte Suprema (RTJ 156/801). No mesmo sentido: ADI 245/RJ, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/391;

ADI 248/RJ, Ministro Celso de Mello, RTJ 152/341; ADI 231/RJ, Ministro Moreira Alves, RTJ 144/24; ADI 1.476-MC/PE, Ministro Sepúlveda Pertence, "DJU" de 1º.3.2002; ADI 368/ES, Ministro Moreira Alves, "DJU" de 02.5.2003.

Aqui, entretanto, estamos diante de ação do processo subjetivo. E, conforme deixa expresso o acórdão, os atos impugnados ocorreram sob o pálio de lei que os autorizava, Lei nº 8.112, de 1990, artigo 8º, III; artigo 10, parágrafo único; artigo 13, § 4º; artigo 17 e artigo 33, inciso IV, dispositivos esse que somente foram declarados inconstitucionais na ADI 837/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, julgamento realizado em 27.8.1998, publicado o acórdão no "DJU" de 25.6.1999. A suspensão cautelar de tais disposições legais ocorreu em 1993, com efeito *ex nunc* (ADI 837-MC/DF).

Por isso mesmo, acentuou o ilustre Desembargador Edgard Lippman Júnior, no voto em que se embasa o acórdão recorrido:

"(...)

Atualmente, é certo que não restam dúvidas de que a Constituição de 1988 instituiu o concurso público como forma universal de acesso aos cargos públicos. Todavia, não é menos certo que, à época dos fatos, esse não era um entendimento pacífico, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Veja-se que, entre outros destacados autores, sustentavam a permanência do concurso interno CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, DIÓGENES GASPARINI, HELY LOPES MEIRELLES e ADILSON ABREU DALLARI. Praticamente todos os Tribunais, inclusive esta Corte e o pró-

prio STF, fizeram concursos internos depois de 1988. Apenas em 1993, depois das designações aqui contestadas, é que o STF suspendeu a eficácia do artigo 8º, III e do artigo 10, X, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, passando a prevalecer o entendimento de que o concurso interno não poderia mais ser realizado. Não se pode, portanto, aplicar mecanicamente a norma constitucional agitada na peça vestibular.

No tocante à declaração judicial de ineficácia dos atos administrativos nascidos de forma irregular, em texto trazido pelos apelantes (fl. 730), MIGUEL SEABRA FAGUNDES já advertia: 'pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne útil àquele mesmo interesse (público)', de modo tal que 'também as numerosas situações pessoais alcançadas e beneficiadas pelo ato vicioso podem aconselhar a subsistência de seus efeitos'.

Assim, no julgamento do caso, deve-se considerar tanto o interesse público quanto as situações individuais envolvidas.

Primeiro, o interesse público foi manifestado pelo próprio réu, a União Federal, em nome do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, que informa que seus serviços seriam amplamente prejudicados pela interrupção do exercício dos servidores ascendidos há mais de uma década. Como estes funcionários teriam que retornar a seus cargos anteriores, também não teria o Tribunal como contornar a situação daqueles outros servidores que foram convocados, via concurso público, para preencher tais cargos. A situação seria de verda-

deiro tumulto administrativo, se não de atingimento da esfera individual de terceiros não presentes no feito.

Segundo, quando as situações individuais, seria injusto fazer retornar aos cargos anteriores funcionários que, pelo longo tempo transcorrido, atingiram elevado grau de especialização nas novas funções e estruturaram suas vidas, pessoais e familiares, a partir dos novos patamares remuneratórios.

Os servidores, de boa-fé, foram convocados pela Administração, que também agiu de boa-fé, a participarem de concurso interno, nos mesmos moldes de concurso público, com igual grau de dificuldade, para preencher certo número de vagas reservadas com essa finalidade, de acordo com a Lei nº 8.112/90, a Lei nº 5.645/79 e o Decreto nº 85.654/81.

Logo, entendo ser inadequado, mais de uma década depois, simplesmente negar validade a tais atos, construídos, naquele momento, dentro de uma aparente legalidade e em estrito cumprimento de norma legal que se tinha por vigente, desconsiderando os efeitos concretos que advieram.

No caso, os prejuízos que adviriam para a Administração, além dos servidores, seriam maiores do que eventuais vantagens do desfazimento destes atos. Deve prevalecer, pois, o princípio da segurança jurídica e da

boa-fé, como tem entendido a jurisprudência.

(...)." (Fls. 906-907)

Na mesma linha, com argumentos igualmente consistentes, voto do ilustre Desembargador Valdemar Capelletti (fls. 912-917), que regis-

trou que o Supremo Tribunal Federal, quando apreciou o pedido de suspensão cautelar dos dispositivos acioimados de inconstitucionais, na ADI 837-MC/DF, por consagrarem formas de provimento derivado vertical, dispositivos da Lei nº 8.112/90, deferiu a citada cautelar, fazendo-o, entretanto, com efeito *ex nunc*.

Está na ementa do referido acórdão do Supremo Tribunal:

"(...)

'Ação direta de inconstitucionalidade. Dispositivos impugnados por admitirem a ascensão, o acesso, a progressão ou o aproveitamento como formas de provimento de cargos públicos.

- Ocorrência, no caso, de relevância jurídica e de conveniência da suspensão da eficácia requerida.

Pedido liminar deferido, suspendendo-se, *ex nunc*, a eficácia do artigo 4º da Lei nº 7.707, de 1988, e da Lei nº 7.719, de 1989, do artigo 10 da Lei nº 7.727, de 1989, do artigo 17 da Lei nº 7.746, de 1989, dos artigos 8º, III, e das expressões 'acesso e ascensão' do artigo 13, parágrafo 4º, 'ou ascensão' e 'ou ascender' do artigo 17, e do inciso IV do artigo 33, todos da Lei nº 8.112, de 1990, bem como dos artigos 3º, 15, 16, 17, 18, 19 e 20 do Ato Regulamentar nº 1, e do artigo 2º, II, 'a', da Resolução nº 14, ambos de 1992, editados pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região.' (decisão 11/02/1993, unânime, DJU 23/04/1993)

(...)." (Fls. 915-915-v)

Decidiu, depois, o Supremo Tribunal, o mérito da mencionada ADI 837/DF, no ano de 1998, acórdão publicado no "DJU" de 25.6.1999:

"EMENTA: Ação direta de

inconstitucionalidade. Formas de provimento derivado. Inconstitucionalidade.

- Tendo sido editado o Plano de Classificação dos Cargos do Poder Judiciário posteriormente à propositura desta ação direta, ficou ela prejudicada quanto aos servidores desse Poder.

- No mais, esta Corte, a partir do julgamento da ADIN 231, firmou o entendimento de que são inconstitucionais as formas de provimento derivado representadas pela ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos. Outros precedentes: ADIN 245 e ADIN 97.

- Inconstitucionalidade, no que concerne às normas da Lei nº 8.112/90, do inciso III do artigo 8º; das expressões ascensão e acesso no parágrafo único do artigo 10; das expressões acesso e ascensão no § 4º do artigo 13; das expressões ou ascensão e ou ascender no artigo 17; e do inciso IV do artigo 33.

Ação conhecida em parte, e nessa parte julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos e das expressões acima referidos."

Abrindo o debate, esclareça-se que a ordem jurídicoconstitucional brasileira consagra, em termos de jurisdição constitucional, o controle misto. É dizer, temos o controle de constitucionalidade difuso, a partir da 1ª República, segundo o modelo norte-americano, instituído a partir do célebre *Madison vs. Marbury case*, de 1803, e o controle concentrado, em abstrato, a partir da EC 16, de 1965, que conferiu competência ao Supremo Tribunal Federal para julgar a representação

de inconstitucionalidade de atos normativos federais e estaduais, legitimado o Procurador-Geral da República para o seu aforamento. O modelo adotado foi o dos Tribunais Constitucionais europeus. Intituiu-se, pois, a partir daí, a ação direta genérica.

O controle difuso, segundo o modelo norte-americano, realiza-se no caso concreto, em qualquer ação, incidentalmente ou por via de exceção; a sentença é declaratória, com efeito retroativo, *ex tunc* e *inter partes*. Já o modelo europeu continental, que surgiu sob a inspiração de Kelsen, na Constituição da Áustria de 1920, aperfeiçoado com a reforma de 1929, dá-se em abstrato, numa ação direta, que será aforada apenas em um Tribunal, o Tribunal Constitucional. O acórdão tem natureza constitutiva-negativa ou desconstitutiva; a eficácia é *erga omnes* e o efeito fixado *pro tempore: ex tunc, ex nunc* ou *pro futuro*. O ato inconstitucional é anulável e não nulo. Bem por isso e em boa hora, veio a lume a Lei nº 9.868, de 10/11/1999, que, no seu artigo 27, estabeleceu que ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal, por maioria de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos da declaração, decidir que ela só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Isto não deve ter sabor de novidade. Na pátria do efeito *ex tunc*, nos Estados Unidos, a Suprema Corte admite o teor político do controle de constitucionalidade e que

o ingrediente político da decisão tomada no controle de constitucionalidade pode relativizar o princípio da retroação *ex tunc*. O trabalho doutrinário do professor Sérgio Resende Barros é bastante esclarecedor ("O Nó Gordio do Sistema Misto", in "Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99", Ed. Atlas, 2001, p. 180).

No caso *Linkletter vs. Walker*, de 1965, "a Suprema Corte reconheceu que a questão da retroatividade ou prospectividade dos efeitos do *judicial review* não corresponde a um princípio exarado na Constituição, mas a uma prática jurisprudencial, que pode ser alterada, portanto, pela própria jurisprudência, se necessário" (Sérgio Resende de Barros, *ob. cit.*). Nos casos *Stevall vs. Denno* e *Gedeão*, a Suprema Corte reiterou o entendimento.

Anota a Desembargadora Maria Isabel Gallotti, em excelente artigo de doutrina ("A Declaração de Inconstitucionalidade das Leis e seus Efeitos", RDA 170/18), que, "nos países que aderem à doutrina da eficácia *ex tunc*", "a retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, se levada a extremos, por dar margem a sérias injustiças, bem como a perigosa insegurança nas relações jurídicas, econômicas e sociais". E acrescenta a ilustre magistrada que "a realidade é que, como poderá Lúcio Bittencourt, 'os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto judiciário'". (Lúcio Bittencourt, "O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis", Rio de Janeiro, Forense, 1949, p. 148). E, invocando

Willoughby, "conquanto a lei inconstitucional deva, sob o ponto de vista estritamente lógico, ser considerada como se jamais tivesse tido força para criar direitos ou obrigações, considerações de ordem prática têm levado os tribunais a atribuir certa validade aos atos praticados por pessoas que, em boa-fé, exercem os poderes conferidos pelo diploma posteriormente julgado ineficaz" (Maria Isabel Gallotti, *ob. e loc. cit.*).

Essa posição, registra Maria Isabel Gallotti, foi sustentada pelo Ministro Leitão de Abreu, no RE 79.343/BA, destaque do voto do eminente e saudoso Ministro:

"(...)

Coincidentes as opiniões quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, efeitos distintos conforme se tratar de declaração de invalidade *incidenter tantum* ou de declaração de nulidade em tese, a questão segunda, que se apresenta, tocante à nulidade ou anulabilidade da lei, isto é, da sua nulidade *ab initio* ou a partir do ato declaratório da invalidade, não recolhe, quanto ao seu deslinde, total consenso dos tribunais e de parte da doutrina. O *Corpus Juris Secundum*, reportando-se ao direito norte-americano, assim compendia a diretriz aí dominante: 'Em sentido amplo, uma lei inconstitucional é nula, em qualquer tempo, e a sua invalidade deve ser reconhecida e proclamada para todos os efeitos ou quanto a qualquer estado de fato. Não é lei ou não é uma lei; é algo nulo, não se reveste de força, não possui efeito ou é totalmente inoperante. Falando do modo geral, a decisão, pelo tribunal competente, de que

a lei é inconstitucional tem por efeito tornar essa lei nula e nenhuma; o ato legislativo, do ponto de vista jurídico, é tão inoperante como se não tivesse sido emanado ou como se a sua promulgação não houvesse ocorrido. É considerado inválido ou nulo, desde a data da promulgação e não somente a partir da data em que é, judicialmente, declarado inconstitucional'. Exposta, assim, a orientação dominante, acrescenta, todavia, o mesmo repositório, explicitado os termos em que se coloca a opinião divergente: 'Por outro lado' - prossegue - 'tem sido sustentado que essa regra geral não é universalmente verdadeira; que existem muitas exceções ou que certas exceções têm sido reconhecidas a esse respeito; que essa teoria é temperada por diversas outras considerações; que uma visão realista vem correndo essa doutrina; que asserções tão amplas devem ser recebidas com reservas e que, mesmo uma lei inconstitucional, é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da constitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. Tem sido sustentado, por isso: que a lei inconstitucional não é nula, mas somente anulável, ou que é inexecutável em vez de nula, ou nula no sentido de que é inexecutável, porém não no sentido de que é anulada ou abolida; que a lei inconstitucional permanece inoperante enquanto a decisão que a declara inválida é mantida e que, enquanto essa decisão continua de pé, a lei dorme, porém não está morta'(...) (*Corpus Juris Secundum*, v. 16, § 101).

(...)."

Depois de citar Kelsen, que enfrentou o problema na sua "*Gene-*

ral Theory of Law and State", dando pela anulabilidade e não pela nulidade da lei inconstitucional, pelo que a decisão que declara a inconstitucionalidade é um ato constitutivo, concluiu o Ministro Leitão de Abreu:

"(...)"

2. Acertado se me afigura, também, o entendimento de que não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o *Corpus Juris Secundum*, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinados circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que de-

creta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.

(...)."

Em diversos recursos extraordinários oriundos do Estado do Amazonas, sustentei, com o apoio dos meus eminentes Colegas da 2ª Turma, que "a lei inconstitucional nasce morta. Em certos casos, entretanto, os seus efeitos devem ser mantidos, em obséquio, sobretudo, ao princípio da boa-fé" (RE 328.232-Agr/AM, "DJU" de 02.9.2005).

Destaco do voto que proferi:

"(...)

A decisão é de ser mantida. Conforme nela acentuado, não se está reconhecendo a constitucionalidade superveniente. O que se reconhece, no caso, é que os efeitos do ato da administração do Estado do Amazonas devem ser mantidos, em obséquio, sobretudo, ao princípio da boa-fé, certo que esses efeitos, na hipótese sob julgamento, viram-se convalidados pela Constituição de 1988.

O tema traz ao debate o princípio da segurança jurídica, que foi versado de forma superior pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento, pelo Plenário, do MS 22.357/DF (Plenário, 27.5.2004, 'DJ' de 05/11/2004). Invocou o Ministro Gilmar Mendes o clássico estudo de Almiro do Couto e Silva sobre a aplicação do princípio da segurança jurídica em direito comparado (Revista da Procuradoria Geral do Estado, v. 18, nº 46, 1988, ps. 11-29) e lição de Miguel Reale ('Revogação e anulamento do ato administrativo', Forense, 2ª ed., 1980,

p. 70-71) para concluir que 'considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (v.g. artigo 2º)'.

O princípio da segurança jurídica assenta-se, sobretudo, na boa-fé e na necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. No caso, não custa repetir, o ato administrativo embasa-se no princípio da boa-fé, tanto do órgão administrativo que deferiu a vantagem, como, e principalmente, do servidor público, o que recomenda a manutenção dos efeitos do ato, efeitos esses que, de resto, conforme linhas atrás foi dito, se viram convalidados pela Constituição de 1988.

(...)."

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 197.917/SP, Relator o Ministro Maurício Corrêa, julgou inconstitucional o parágrafo único do artigo 6º da Lei Orgânica nº 226, de 1990, do Município de Mira Estrela/SP - caso do número de vereadores -, mandando, entretanto, que se respeitasse o mandato dos atuais vereadores. É dizer, emprestou efeito *pro futuro* à decisão ("DJU" de 07.5.2004).

Destaco do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, no sentido do efeito *pro futuro*:

"(...)

É interessante notar que, nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara tão enfaticamente a idéia de que a expressão 'lei inconstitucional' configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que "the

inconstitutional statute is not law at all" (Willoughby, Westel Woodbury. *The Constitutional Law of the United States*, New York, 1910, v. 1, p. 9/10; cf. Cooley, Thomas M., *Treaties on the Constitutional Limitations*, 1878, p. 227), passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade (Tribe, Laurence. *The American Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola, New York, 1988). A Suprema Corte americana vem considerando o problema proposto pela eficácia retroativa de juízos de inconstitucionalidade a propósito de decisões em processos criminais. Se as leis ou atos inconstitucionais nunca existiram enquanto tais, eventuais condenações nelas baseadas ficam ilegítimas, e, portanto, o juízo de inconstitucionalidade implicaria a possibilidade de impugnação imediata de todas as condenações efetuadas sob a vigência da norma inconstitucional. Por outro lado, se a declaração de inconstitucionalidade afeta tão-somente a demanda em que foi levada a efeito, não se há que cogitar de alteração de julgados anteriores.

Sobre o tema, afirma Tribe:

'No caso *Linkletter v. Walker*, a Corte rejeitou ambos os extremos: 'a Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo.' Paraphrasing o Justice Cardozo pela assertiva de que 'a Constituição Federal nada diz sobre o assunto', a Corte de *Linkletter* tratou da questão da retroatividade como um assunto puramente de política (política judiciária), a ser decidido novamente em cada caso. A Suprema

Corte codificou a abordagem de *Linkletter* no caso *Stovall v. Denno*: 'Os critérios condutores da solução da questão implicam (a) o uso a ser servido pelos novos padrões, (b) a extensão da dependência das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei com relação aos antigos padrões, e (c) o efeito sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa dos novos padrões'. (Tribe, *American Constitutional Law*, *cit.*, p. 30)

(...)."

Depois de considerações outras, acrescentou o Ministro Gilmar Mendes:

"(...)"

A jurisprudência americana evoluiu para admitir, ao lado da decisão de inconstitucionalidade com efeitos retroativos amplos ou limitados (*limited retrospectivity*), a superação prospectiva (*prospective overruling*), que tanto pode ser limitada (*limited prospectivity*), aplicável aos processos iniciados após a decisão, inclusive ao processo originário, como ilimitada (*pure prospectivity*), que sequer se aplica ao processo que lhe deu origem (Palu, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*, São Paulo 2a. ed., 2001, p. 173; Medeiros, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999).

Vê-se, pois, que o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente *pro futuro* (Cf. a propósito, *Sesma*, *El Precedente*,

cit., p. 174 s). De resto, assinale-se que, antes do advento da Lei nº 9.868, de 1999, talvez fosse o STF, muito provavelmente, o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresso, da limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade. Não só a Suprema Corte americana (caso *Linkletter v. Walker*), mas também uma série expressiva de Cortes Constitucionais e Cortes Supremas adotam a técnica da limitação de efeitos (Cf. v.g. Corte Constitucional austríaca (Constituição, artigo 140), a Corte Constitucional alemã (Lei Orgânica, § 31, 2 e 79, 1), a Corte Constitucional espanhola (embora não expressa na Constituição, adotou, desde 1989, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade. Cf. Garcia de Enterría, *Justicia Constitucional*, *cit.*, p. 5), a Corte Constitucional portuguesa (Constituição, artigo 282, nº 4), o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia (art.174, 2 do Tratado de Roma), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso *Markx*, de 13 de junho de 1979. Cf. Siqueira Castro, Carlos Roberto. *Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis nº 9.868 e 9882/99*, in: Sarmento, Daniel, *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99* (organizador), Rio de Janeiro, 2001)).

No que interessa para a discussão da questão em apreço, ressalte-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos.

(...)."

Em caso semelhante, MS 22.357/DF, Relator o Ministro Gilmar Men-

des, o Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, decidiu:

"EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária - INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa-fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do artigo 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de

Segurança deferido." ("DJU" de 05/11/2004)

A questão dos efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* da decisão que decreta a inconstitucionalidade de lei não tem, conforme vimos, sabor de novidade no Supremo Tribunal Federal. É que, anotei no voto que proferi no citado RE 328.232-AgR/AM, "uma das razões mais relevantes para a existência do direito está na realização do que foi acentuado na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, o direito do homem de buscar a felicidade. Noutras palavras, o direito não existe como forma de tornar amarga a vida dos seus destinatários, senão de fazê-la feliz".

Do exposto, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sr. Presidente, quero cumprimentar o Ministro Carlos, mais uma vez, pelo belíssimo voto proferido, num tema com tanta relevância e que, até pouco tempo, era raro nas manifestações da jurisdição constitucional brasileira.

Tal como pontuou o eminente Relator, no caso temos a necessidade de fazer a ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional - o qual, conforme assumimos entre nós, tem hierarquia constitucional - e o princípio da segurança jurídica, que, muitas vezes, justifica a subsistência de atos concretos a despeito da declaração de inconstitucionalidade e, até mesmo, a pronúncia de uma declaração de inconstitucionalidade com efeitos estritos ou mitigados. O ar-

tigo 27 da Lei nº 9.868, bem apontado pelo eminente Ministro-Relator, na verdade apenas explicita, estrutura e declara o que o Tribunal pode fazer a partir do próprio Texto constitucional.

Outro ponto já ressaltado na manifestação eloqüente e belíssima do eminente Ministro Carlos Velloso diz respeito a essa separação de planos. Uma coisa é a declaração de nulidade da lei; outra é se essa nulidade repercute sobre os atos concretos. Bem soube fazer essa distinção o Supremo Tribunal Federal ao aceitar, sim, a ADI contra a norma constante da Lei nº 8.112, mas dando-lhe eficácia *ex nunc*, a sinalizar que não queria tumultuar, em razão da segurança jurídica, os certames concursivos eventualmente verificados.

Temos tido não só no Plenário, mas também na Turma, oportunidade de salientar a importância do princípio da segurança jurídica, que imanta toda essa discussão. Portanto, é fundamental destacarmos essa separação de planos. Convivemos com essa realidade em razão, até mesmo, das fórmulas de preclusão; muitas vezes ela ocorre nos sistemas tributário e administrativo.

Hoje, felizmente, temos, de forma clara, essa questão colocada na Lei nº 9.784, a Lei de Procedimento Administrativo. Essa Lei diz que a eventual declaração de nulidade administrativa não poderá se fazer sobre atos já velhos, de mais de cinco anos. Portanto estabeleceu, também aqui, uma fórmula de preclusão ou aquilo que a doutrina chama de uma decadência administrativa.

Nessa oportunidade, quero ressaltar - esta é uma questão recen-

temente assumida por esta Corte, afora os casos mencionados e de relevância histórica - a importância que, nesses casos, assume a doutrina brasileira, especialmente aquela defendida por Miguel Reale e pelo notável Professor gaúcho Dr. Almiro do Couto e Silva, este com estudos pioneiros sobre o princípio da segurança jurídica.

Com essas considerações, invocando os subsídios que trouxe em outros casos e louvando o belíssimo voto do Ministro Carlos Velloso, acompanho o voto de Sua Excelência.

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: Sr. Presidente, creio que o voto do eminente Relator, brilhante como sempre, modulou adequadamente os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade. À parte o cumprimento a Sua Excelência, adianto que utilizarei o preceden-

te para outro caso que tenho em espera.

Acompanho o voto do Ministro-Relator.

DECISÃO

A Turma, por votação unânime, conheceu do recurso extraordinário, mas lhe negou provimento, nos termos do voto do Relator. Falou, pelos recorridos Heloisa Helena Faleiro Balardin e outros, o Dr. Pedro Maurício Pita Machado e, pelos demais recorridos, o Dr. Amarildo Maciel Martins. 2ª Turma, 13/12/2005.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Sandra Verônica Cureau.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

Supremo Tribunal Federal

Previdência privada. Complementação de aposentadoria. Competência da Justiça Comum. Precedentes do STF. Decisão monocrática.

DECISÃO

1. Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que indeferiu processamento de recurso extraordinário de acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho que deu pela competência da Justiça do Trabalho para causa em que a autora postula, a título de verba paga aos empregados, diferenças de complementação de aposentadoria.

Sustenta o recorrente, com base no artigo 102, III, a, ter havido violação ao disposto, em suma, no artigo 114 da Constituição Federal.

2. Consistente o recurso. Como está claro à petição inicial, alega o autor que, aposentado como ex-empregado da CEF, tem direito, nos termos do respectivo Regulamento (REPLAN), a receber da ex-empregadora e da FUNCEF reajuste das suplementações dos benefícios de complementação de aposentadoria em conformidade com as condições e índices aplicáveis aos empregados (ativos), de modo que, tendo-lhes a CEF concedido aumentos salariais disfarçados de abono, em substituição aos reajustes, faz jus a essa verba.

Por sustentar a competência da Justiça do Trabalho, o acórdão impugnado afirmou. Por sustentar a competência da Justiça do Trabalho, o acórdão impugnado afirmou que

- tratando-se de empregado aposentado, que percebe complementação de aposentadoria por entidade de previdência privada, a competência da Justiça do trabalho é fixada pela natureza do pedido deduzido em Juízo - (fls. 298), muito embora seja incontroverso que, como aposentado, o autor já não é empregada daquela. A afirmação do acórdão não incide sobre a existência ou a inexistência dalgum fato - não se trata de *quaestio facti* -, senão que traduz interpretação ou qualificação jurídica dos fatos expostos pela própria demandante (z). Como tal, não pode, todavia, subsistir.

É que, só quando a complementação de aposentadoria por pessoa jurídica de previdência privada tenha sido instituída como obrigação do empregador para com o empregado e, nesses precisos termos, como condição do contrato de trabalho, pode dizer-se que a pretensão de ex-empregado a diferença de verba paga aos empregados, sob fundamento de igualdade assegurada pelo estatuto ou regulamento do plano de aposentadoria complementar, é oriunda da relação ou do contrato de trabalho.

Se, como sucede no caso, não consta tenha a CEF assumido obrigação de instituir o plano no contrato de trabalho, que já não vigora, a pretensão não nasce, *in statu*

assertionis, da extinta relação de trabalho, mas doutra relação jurídica autônoma, que medeia entre a ex-empregado e a fundação a cujo plano associativo aderiu e do qual pode desistir a qualquer tempo.

Daí por que professa a Corte que não compete à Justiça do Trabalho conhecer de pedido de complementação de aposentadoria deduzido contra entidade de previdência privada, caso em que, à mínima da existência de relação de trabalho entre esta e o autor, competente é a Justiça Comum (cf. RE nº 175.673, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU 05/11/1999; AI nº 568.667, Rel. CEZAR PELUSO).

3. Do exposto, valendo-me do artigo 544, §§ 3º e 4º, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 9.756/98 e pela Lei nº 8.950/94, acolho o agravo, para desde logo conhecer do recurso extraordinário e dar-lhe provimento, declarando a competência da Justiça Comum para o pedido de complementação de aposentadoria contra entidade de previdência privada.

Publique-se. Int..

Brasília, 06 de abril de 2006.

Ministro CEZAR PELUSO - Relator.

Agravo de Instrumento nº 588.981 - RJ. DJU 27/04/2006

Superior Tribunal de Justiça

Instituições financeiras. Responsabilidade por perda dos investimentos. Validade da transação. Inexistência de vício de vontade.

EMENTA

Ação de indenização. Responsabilidade das instituições financeiras pela perda dos investimentos.

Sentença que extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, com base na validade das transações entre as instituições financeiras e os autores.

Apelação limitada aos termos da sentença sobre a validade das transações, concluindo por pedir o retorno do processo ao 1º grau para o julgamento do mérito. Transação: validade. Código de Defesa do Consumidor.

Art. 515 do Código de Processo Civil. Precedentes da Corte.

1. As Turmas que compõem a Segunda Seção assentaram ser válida transação entre os investidores e as instituições financeiras réis, em situações concretas idênticas às do presente feito, com o que se afasta a pretensão deduzida pela parte autora de que existiu vício de vontade a macular o ato jurídico.

2. Não cabe a multa do artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil quando a impugnação da parte tem procedência, tanto que os embargos de declaração do outro réu, sobre o mesmo tema, foram parcialmente acolhidos.

3. Recursos especiais contra acórdão da apelação conhecidos e

providos, prejudicados os especiais contra acórdão dos embargos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, por unanimidade, conhecer dos recursos especiais contra acórdão da apelação e lhes dar provimento e julgar prejudicados os especiais contra acórdão dos embargos infringentes. Os Srs. Ministros Nancy Andrigli, Castro Filho, Antônio de Pádua Ribeiro (voto-vista) e Humberto Gomes de Barros votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 7 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - Relator.

Recurso Especial nº 475.067 - RJ. DJU 06/12/2004.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO :

Isabella Sholl Serrão e outros ajuizaram ação ordinária de cobrança com pedido de tutela ante-

cipada em face de BES - Boavista Espírito Santo DTVM S.A. e Banco Boavista Interatlântico S.A. (fls. 2 a 35). Julgado extinto o pedido, sem exame do mérito, e revogados os efeitos da tutela concedida (fls. 358 a 366), os autores apelaram (fls. 371 a 388).

A Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, decidiu,

"POR UNANIMIDADE DE VOTOS, rejeitar as preliminares suscitadas e no mérito, também por unanimidade, dar provimento ao recurso, vencido o Des. Vogal, apenas no quantitativo relativo ao dano moral, que fixava em 100 (cem) salários mínimos, diferentemente do Relator e Revisor que o fixavam em 300 (trezentos) salários mínimos" (fl. 505), restando o acórdão assim ementado:

"AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. Prejuízos sofridos por investidores que fizeram aplicação nos fundos denominados 'Fundo Hedge 60', 'Fundos Derivativos 60' e 'Fundo Master 60'.

Alegação dos investidores no sentido de que ficaram prejudicados por culpa dos administradores dos fundos. Instrumento particular de transação assinado pelas partes sem qualquer valor ante a coação exercida pelo Banco apelado e ainda por violar dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). Evidenciada a culpa do Banco e da Administradora dos Fundos pela má gestão dos negócios, impõe-se a obrigação de pagar aos investidores a quantia equivalente ao valor das quotas do dia 12 de janeiro de 1999, sobre as aplicações financeiras dos autores. Incidência

dos artigos 98, 147, II do Código Civil e artigos 14, 51, I do Código supra citado. Dano moral comprovado. Provimento do recurso para julgar procedente o pedido" (fl. 504).

Opostos embargos de declaração (fls. 517 a 534 e 536 a 551), foram rejeitados (fls. 555 a 558 e 559 a 564).

Opostos novos embargos de declaração (fls. 566 a 577 e 591 a 595), foram os primeiros rejeitados, com aplicação de multa no valor de 1% sobre o valor da causa (fls. 603 a 605), e os segundos acolhidos parcialmente, estando o acórdão assim fundamentado:

"O embargante só tem razão na parte em que faz referência a inexistência nos autos de uma declaração de voto do Des. Antônio Eduardo Duarte, referida às fls. 562 no acórdão dos embargos de declaração.

Houve erro nesse ponto que deve ser retificado para que fique constando do acórdão o seguinte:

"o importante nesses casos é que o acórdão esteja bem fundamentado expondo as razões de decidir, o que ocorreu *in casu*'.

Suprime-se, assim, a frase 'inclusive com a excelente declaração de voto do eminente Des. Antônio Duarte que esclareceu totalmente a questão'.

Mas, essa supressão da frase em nada altera o acórdão, que fica mantido integralmente.

No mais, falta razão ao embargante.

Em face do exposto, acolhem-se os embargos, em parte, para suprimir do acórdão a frase já referida anteriormente" (fls. 600 a 602).

Opostos embargos infringentes (fls. 608 a 623 e 626 a 637), foram

rejeitados (fls. 660 a 667), estando o aresto assim ementado:

"EMBARGOS INFRINGENTES INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. PREJUÍZO POR INVESTIDORES PELA MÁ GESTÃO DOS NEGÓCIOS. QUANTUM.

Na fixação da reparação pelo dano moral causado aos embarcados, é relevante a aflição, o sofrimento e o desespero de verem o seu patrimônio ser extirpado.

Saliente-se que a verba foi requerida pelos embargados, tendo como parâmetro valor não inferior a 100 (cem) salários mínimos, o que não deve ser interpretado como limitação máxima e sim mínima.

Desta forma, tendo-se como razoável a verba, nos moldes em que fora fixada, mantém-se o valor equivalente a 300 (trezentos) salários mínimos para cada um dos autores embargados (fl. 660).

Opostos embargos de declaração (fls. 669 a 673 e 674 a 684), foram rejeitados (fls. 686 a 688).

Contra o acórdão da apelação (fls. 504 a 512), BES - Boavista Espírito Santo DTVM S.A. interpõe recurso especial (fls. 694 a 750), com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, aduzindo ofensa aos seguintes dispositivos legais:

a) artigos 535 e 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, haja vista que não foram sanadas as omissões do acórdão, ainda que interpostos embargos declaratórios e que "foram manejados com intuito de prequestionamento" (fl. 711), não cabendo a aplicação da referente multa.

b) artigos 2º, 128, 460, 515 e 516 do Código de Processo Civil, ten-

do em vista que "decidiu pontos não enfrentados pela sentença de primeiro grau, laborando, nesse passo, em manifestar supressão de instância, ao julgar procedente o pedido" (fl. 715).

c) artigos 98, 99 e 147, inciso II, do Código Civil de 1916, na medida em que aplicados equivocadamente, "pois além de não ser qualquer pressão física ou moral que caracteriza a coação, mas ameaça grave, o Tribunal Local caracterizou-a prescindindo do imprescindível, vale dizer desprezando 'o critério concreto, ou seja, o critério de exame do caso individual' (fl. 726).

d) artigos 1.025 e 1.030 do Código Civil de 1916, posto que o acórdão recorrido "admitiu hipótese de rescisão do instrumento de transação, diversa - coação - da que estabelecida no multicitado artigo 1030" (fl. 732) e que, "ainda que se admita, na eventualidade, que o vício da coação, reitera-se inexistente nos autos, seja apto a rescindir os instrumentos de transação levados a efeito pelos contendentes, é de se observar que o v. acórdão recorrido contrariou os artigos 1025 e 1030 do Código Civil, na exata medida em que deixou de aplicá-los, na hipótese onde se revela inquestionável a incidência das referidas disposições" (fl. 733).

e) artigos 2º, 3º, 14 e 51, inciso I e § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, porquanto "não se aplica o artigo 51, I, do Código de Defesa do Consumidor à transação, cujo o objeto não se circunscreve a fornecimento de produtos, ainda que se admita aplicável, a nulidade proclamada pelo acórdão não atinge os demais itens da transação, aplicação do § 2º, do multicitado artigo

51, isso tudo, admitindo-se que relação estabelecida entre os contendedes seja de consumo, não o é (...)" (fl. 743).

f) artigos 368, parágrafo único, do Código de Processo Civil; 1.336 do Código Civil de 1916 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, já que "errônea qualificação jurídica da questão posta a exame, em decorrência do valor jurídico conferido a documento particular que não o tem" (fl. 743).

Aponta dissídio jurisprudencial, trazendo à colação julgados, também, desta Corte.

Contra o mesmo acórdão (fls. 504 a 512), Banco Boavista Interatlântico S.A. interpõe recurso especial (fls. 928 a 957), com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, aduzindo ofensa aos seguintes dispositivos legais:

a) artigos 458, incisos II e III, e 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, haja vista que não foram sanadas as omissões do acórdão, ainda que interpostos embargos declaratórios e que "o acórdão por diversas vezes, apenas afirma fatos, sem indicar em que elementos de convicção se baseou para fazê-lo" (fl. 936).

b) artigos 512 e 515 do Código de Processo Civil, tendo em vista que o acórdão recorrido "afastou a validade da transação e, de logo, suprimindo grau de jurisdição (...)" (fl. 931).

c) artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil na medida em que o aresto adentrou no mérito da demanda para julgá-la procedente, decidindo ultra e extra petita.

d) artigos 332, 400, incisos I e II, 420, parágrafo único, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil,

afirmando ter havido cerceamento de defesa, já que o acórdão recorrido "desconsiderou o direito do embargante de produzir provas tempestivamente requeridas" (fl. 934), que "não atentou para a necessidade e o cabimento da prova testemunhal requerida" (fl. 934) e que "não percebeu o direito do ora recorrente de produzir a prova pericial requerida" (fl. 934).

e) artigo 159 do Código Civil de 1916, pois o aresto "concede indenização sem existir dano" (fl. 936) e, aduz também o recorrente "que, para ser indenizado, o dano moral deve, em primeiro lugar, existir e ser provado" (fl. 935).

f) artigo 398 do Código de Processo Civil, porquanto os documentos juntados com a réplica dos autores "não foram regularmente submetidos ao contraditório" (fl. 940).

g) artigo 99 do Código Civil de 1916, porque o acórdão recorrido não teria feito nenhum exame a respeito das circunstâncias pessoais dos envolvidos no negócio, "não disse como e porque os autores, pessoas esclarecidas, teriam sido coagidos" (fl. 952).

h) artigos 1.025, 1.030 e 101 do Código Civil de 1916, já que o aresto "afastou a validade das transações alegando, desfundamentadamente, inexistente coação" (fl. 952) e que, "sem alegar violência, dolo ou erro essencial, deixou de emprestar às transações a validade que detinham" (fl. 952).

i) artigos 2º, 3º e 14 do Código de Defesa do Consumidor, aduzindo que não seriam aplicáveis ao presente feito, pois, no caso específico de investimentos, não se poderia ter como existente uma relação de consumo.

j) artigos 51, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor e 1.035 do Código Civil de 1916, sustentando não ter havido renúncia antecipada de direitos, porquanto "a transação foi feita quando já ocorrido o evento que determinou a perda financeira" (fl. 954) e que "o que houve foi renúncia acerca de pretensões fora do objeto transacionado" (fl. 954), sendo, portanto, possível aos "transatores dispor acerca dos direitos em questão, que eram patrimoniais de caráter privado" (fl. 954).

Colaciona julgado de outro Tribunal em abono da sua tese.

Contra o acórdão dos embargos infringentes (fls. 660 a 667), BES - Boavista Espírito Santo DTVM S.A. interpõe recurso especial (fls. 1.014 a 1.039), com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, aduzindo ofensa aos seguintes dispositivos legais:

a) artigo 535 do Código de Processo Civil, haja vista que não foram sanadas as omissões do acórdão, ainda que interpostos embargos declaratórios.

b) artigo 267, incisos IV e VI, do Código de Processo Civil, tendo em vista que "pessoa jurídica, por não ter honra subjetiva, não tem legitimidade e respaldo para perceber indenização por danos morais, face ao caráter financeiro do suposto dano, ainda mais quando se evidencia a indenização *bis in idem*, pois essas pessoas jurídicas têm representante legal, o 3º recorrido, Sr. José Alberto Serrão, que pelo mesmo fato já está sendo indenizado" (fl. 1.027).

c) artigos 159, 1.537 a 1.554 do Código Civil de 1916, na medida em que os referidos dispositivos

legais "vedam o enriquecimento ilícito, até porque a indenização de ordem material já ocorrera pela assinatura do Instrumento de Transação" (fl. 1.037) e que "a condenação deveria se cingir aos parâmetros delimitados pelo Eminentemente Desembargador prolator do voto vencido, e, repita-se, limitado pelo pedido dos próprios recorridos" (fl. 1.037).

Aponta dissídio jurisprudencial, trazendo à colação julgados, também, desta Corte.

Contra o mesmo acórdão (fls. 660 a 667), Banco Boavista Interatlântico S.A. interpõe recurso especial (fls. 1.110 a 1.121), com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, aduzindo ofensa aos seguintes dispositivos legais:

a) artigo 535 do Código de Processo Civil, haja vista que não foram sanadas as omissões do acórdão, ainda que interpostos embargos declaratórios.

b) artigos 159 e 1.553 do Código Civil de 1916, na medida em que exorbitante o valor determinado para a indenização a título de danos morais.

Colaciona julgado desta Corte em abono da sua tese.

Contra-arrazoados (fls. 1.226 a 1.264) os recursos especiais acima citados, foram admitidos os de fls. 1.014 a 1.039 e 1.110 a 1.121 (fls. 1.393 a 1.399).

Houve recursos extraordinários (fls. 984 a 1.008, 1.126 a 1.157 e 1.196 a 1.209) não admitidos os de fls. 1.126 a 1.157 e 1.196 a 1.209, decisão contra a qual foi interposto agravo de instrumento (fl. 1.400 verso).

Os recursos especiais foram distribuídos a minha relatoria (fl.

1.404) e determinei "a baixa dos autos para que se esgote o exame de admissibilidade de todos os apelos extremos não indicados no despacho de fls. 1.393 a 1.399" (fl. 1.414).

Retornando os autos ao Tribunal de origem, foi exarado novo despacho de admissibilidade, sendo, então, admitidos os recursos especiais de fls. 694 a 750 e 928 a 957 e não admitido o recurso extraordinário de fls. 984 a 1.008 (fls. 1.418 a 1.421). Contra essa decisão foi interposto agravo de instrumento (fl. 1.422?verso).

É o relatório.

EMENTA

Ação de indenização. Responsabilidade das instituições financeiras pela perda dos investimentos. Sentença que extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, com base na validade das transações entre as instituições financeiras e os autores. Apelação limitada aos termos da sentença sobre a validade das transações, concluindo por pedir o retorno do processo ao 1º grau para o julgamento do mérito. Transação: validade. Código de Defesa do Consumidor. Art. 515 do Código de Processo Civil. Precedentes da Corte.

1. As Turmas que compõem a Segunda Seção assentaram ser válida transação entre os investidores e as instituições financeiras rês, em situações concretas idênticas às do presente feito, com o que se afasta a pretensão deduzida pela parte autora de que existiu vício de vontade a macular o ato jurídico.

2. Não cabe a multa do artigo 538, parágrafo único, do Código de

Processo Civil quando a impugnação da parte tem procedência, tanto que os embargos de declaração do outro réu, sobre o mesmo tema, foram parcialmente acolhidos.

3. Recursos especiais contra acórdão da apelação conhecidos e providos, prejudicados os especiais contra acórdão dos embargos infringentes.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

Os recorridos ajuizaram ação ordinária de cobrança alegando que são correntistas do Banco Boavista S.A., primeiro réu, há mais de um ano; que buscam investir suas economias de modo conservador; que confiando na tradição e segurança do Banco Boavista S.A., e orientados pelo gerente, aplicaram seu dinheiro nos denominados "Fundo Hedge 60", "Fundo Derivativos 60" e "Fundo Master 60", que lhes renderiam ganhos razoáveis, com risco de perda limitado a "I) no caso do 'Fundo Hedge 60', 'não ultrapassar a perda de 1 CDI no mês fechado'; II) no caso do 'Fundo Derivativos 60' 'não obter rentabilidade negativa no mês fechado'; III) no caso do 'Fundo Master 60' 'meta de proteção é render 50% do CDI no mês fechado'; conforme propaganda dos réus (docs. 7/8/9 anexos)"(fl. 3); que ainda segundo a propaganda "as cotas deste fundo seriam vendidas e compradas em D + 0, ou seja, pelo valor da cota do dia da ordem de compra e de resgate (vide doc. 9)" (fl. 3); que, em 13/01/1999, o Governo Federal

anunciou mudança na política cambial, começando os fundos, então, a perder patrimônio; que diante disso procuraram o primeiro réu para saber de suas aplicações, "quando tomaram conhecimento que no dia 14 de janeiro p.p. teria havido enorme variação negativa nos fundos de aplicação do Banco 1º réu" (fl. 4); que considerando os riscos a que estavam expostos, ordenaram a venda de suas cotas, ocasião em que ficaram sabendo "que o 1º réu, de forma absolutamente vergonhosa, não mais estava resgatando as cotas dos mencionados fundos em D + 0 como havia se obrigado" (fl. 5), mas, sim, em D + 5, "como informaram os prepostos dos réus aos autores e a todos os demais correntistas" (fl. 5); que esse comportamento impediu que os autores salvassem pelo menos parte de seu patrimônio; que o primeiro réu, em 20/01/1999, em nota oficial publicada na imprensa, anunciou perdas substanciais nos Fundos; que isso significou a perda total de tudo que tinham economizado; que foram coagidos a aceitar proposta dos réus, porque se assim não fizessem não receberiam "nenhum centavo de seu dinheiro e os autores estariam entregues à própria sorte, não tendo meios de garantir sua subsistência e das suas famílias" (fl. 26)(sic.); que houve propaganda enganosa e a perda sofrida foi causada pelo primeiro réu.

A sentença extinguiu o processo, sem o exame do mérito, acolhendo a arguição de fato extintivo, porque houve transação que tem o efeito de coisa julgada. O Juiz considerou que os autores "não são neófitos nos negócios em

que acabariam por perder todo o capital investido. Eram pessoas experientes e sabiam perfeitamente dos riscos assumidos" (fl. 362) e, ainda, que, de qualquer forma, "perderam o capital que diziam ter amealhado, mas entendiam que a culpa fora dos RR., e que eles então, não poderiam assumir tais prejuízos" (fl. 362). Mas os réus apresentaram proposta para o ressarcimento de parte dos prejuízos sofridos pelos autores, proposta que foi aceita. Para o Juiz, se os autores entendessem "que os seus direitos eram líquidos e certos poderiam ter recusado a proposta de transação oferecida pelos RR e fazer como fizeram muitos investidores, que optaram por ingressar no Judiciário reclamando o ressarcimento de todos os prejuízos a que julgam ter direito, sendo que alguns já conseguiram decisões favoráveis aos seus pleitos" (fl. 362). Os instrumentos não apresentam qualquer nulidade, segundo a sentença, não agredindo o disposto no artigo 51, I, do Código de Defesa do Consumidor, nem houve coação.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proveu a apelação, vencido um Desembargador sobre o valor do dano moral. O acórdão recorrido afirma que os autores eram pequenos poupadores que investiram suas economias em fundos de responsabilidade do banco e que as declarações prestadas pelo então gerente geral do primeiro réu e por uma coordenadora demonstram a culpa dos apelados. Para o Tribunal de origem, "ninguém procurou dizer aos apelantes em que tipo de fundos estavam ingressando, daí o desespero dos investido-

res quando foram chamados pelo apelado para assinarem um instrumento particular de transação sob ameaça velada de que, se não o assinassem, poderiam perder tudo o que investiram" (fl. 506). Para o acórdão recorrido, os investidores "assinaram o que lhes foi imposto, documento esse, todavia, considerado inválido, tendo em vista que estabelecia a renúncia de direitos e impossibilitava os investidores de ingressarem em juízo" (fl. 507), com o que não há dúvida de que os autores "só assinaram essa transação porque foram coagidos" (fl. 507), atuando a coação exercida "sobre o ânimo e o psiquismo dos apelantes, impondo-lhes por via de um processo de intimidação, uma declaração de vontade não querida, de tal sorte que essa vontade exteriorizada, na realidade, não era a dos pacientes e sim do coator" (fl. 507). No caso dos autos, segundo o Tribunal de origem, "a coação consistiu em exigir dos apelantes a assinatura de um documento sob a ameaça de perderem tudo o que investiram" (fl. 507). Aplicou o acórdão recorrido o artigo 51, I, e o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, identificando que os réus agiram "com culpa e ainda como maus gestores de negócio (artigo 1336 CC)" (fl. 510). Concluiu o Tribunal de origem que os réus deveriam pagar aos autores "o valor das quotas do dia 12/01/1999, deduzida a parte que receberam, condenados ainda no pagamento de 300 (trezentos) salários mínimos para cada um dos autores, a título de dano moral, além das custas e honorários de advogado fixados em 10% sobre o valor da condenação" (fl. 511). O voto vencido fixava a

verba pelo dano moral no equivalente a 100 (cem) salários mínimos (fl. 512).

As partes embargaram, mas os embargos de declaração foram rejeitados. Nos do segundo réu, que alegou supressão de instância, não-existência de coação, não-incidência do Código de Defesa do Consumidor e força das declarações unilaterais de outra agência que não a dos autores, apenas entendeu que havia a pretensão de reforma da decisão; nos do primeiro réu, que alegou supressão de instância e omissão sobre falta de fundamentos em relação a afirmações feitas sem prova, aos prejuízos pretéritos, à culpa, ao dano moral, à transação, ao Código de Defesa do Consumidor, e no exame da alegada coação e da propaganda enganosa, afirmou que o acórdão está bem fundamentado, que a Câmara julgadora considerou que o "Juiz ingressou no mérito da questão ao falar abertamente da validade das transações celebradas entre as partes e também negou a existência de coação" (fl. 563), que "aborda toda a questão apresentada em juízo, falando da moeda americana, fundos de investimentos, o perfil dos investidores, desastre cambial atingindo duramente a economia nacional, e esclarecimentos sobre as empresas DTVM, quando ligadas aos bancos comerciais, que são na realidade 'departamentos', enveredando ainda pelo caminho que levou os embargados a fazerem a transação" (fl. 563), que os embargos de declaração não servem para fins de prequestionamento e que o dano moral poderia ser deferido "uma vez que sua concessão nada mais era que a con-

seqüência do resultado do julgamento, não importando que o juiz a ele não tenha se referido porque julgando extinto o processo inexistia necessidade de falar a respeito" (fl. 563).

Novos embargos de declaração foram apresentados pelo segundo réu, anotando que, ao contrário do afirmado no acórdão recorrido, o Desembargador Antonio Duarte não proferiu voto, porque se declarou impedido, insistindo na omissão quanto à alegação de que suprimida a instância, ademais de reiterar que no caso da coação não levou em conta o aresto fato superveniente. Também o primeiro réu apresentou novos embargos de declaração sobre a obscuridade com relação ao voto do Desembargador Antonio Duarte, que não votou, sobre omissão na questão relativa a ter sido suprimida a instância. Desta feita, o Tribunal de origem acolheu, parcialmente, os embargos de declaração do primeiro réu na parte relativa ao voto do Desembargador Antonio Duarte, que não votou, reiterando que a Câmara entendeu que a causa estava madura e que o Juiz havia enfrentado o mérito, rejeitando os embargos do segundo réu, com imposição de multa.

Os réus ingressaram com embargos infringentes, mas foram rejeitados. Primeiro, o Tribunal de origem afastou a preliminar de ilegitimidade passiva, porque o fato de um dos autores ser representante legal das empresas não impede que tenha sofrido dano moral. Para o acórdão recorrido, são personalidades jurídicas distintas. Segundo, afirmou que os autores estabeleceram, tão-somente, um patamar mínimo para a indenização e, ain-

da, que o valor fixado equivalente a 300 salários mínimos para cada autor é razoável.

Houve embargos de declaração dos réus, que foram rejeitados, concluindo o Tribunal local que a determinação do valor do dano moral "é atribuição do Magistrado, levando-se em conta basicamente as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do lesante, a condição do lesado, preponderando, a nível de orientação central, a idéia de sancionamento ao lesado (ou punitive damages, como no direito norte-americano)" (fl. 688).

O primeiro especial é do BES - Boavista Espírito Santo DTVM S.A., segundo réu, começando por alegar violação do artigo 535 do Código de Processo Civil diante de omissão do acórdão recorrido sobre a supressão de instância, a incoerência de coação, a validade do instrumento de transação, a não-aplicação do artigo 51, I, do Código de Processo Civil, a falta de efeitos das declarações unilaterais de vontade. Mas não creio que o acórdão recorrido mereça a pecha de omisso. Mesmo a questão relativa à supressão da instância foi objeto do acórdão recorrido. Os demais temas estão no âmbito do mérito e podem ser enfrentados sem empeco no especial, considerando que a lide foi decidida com amplitude suficiente para tanto, embora tenha havido erro técnico na afirmação de que os embargos de declaração não servem para fins de prequestionamento, nos termos da Súmula nº 98 da Corte.

Com razão a recorrente no que concerne à multa imposta nos segundos embargos de declaração (fl.

605). A petição está bem clara, apontando objetivamente os pontos que desejava fossem esclarecidos, incluído aquele sobre a equivocada afirmação quanto ao voto do Desembargador Antonio Duarte, que sequer votou. Ora, neste ponto, os embargos de declaração do primeiro réu foram acolhidos, a demonstrar que os do segundo réu também deveriam ter o mesmo destino. Daí que incabível a imposição da multa, que merece cancelada.

Creio que antes de examinar a impugnação em torno do artigo 515 do Código de Processo Civil, sobre a supressão da instância, devo enfrentar aquela sobre a validade da transação. E assim é porque se acolhida esta, com o restabelecimento da sentença, fica, dede logo, decidida a lide, prejudicados os demais aspectos bem assim os especiais contra o acórdão dos embargos infringentes .

O fundamento do acórdão recorrido nesse ponto é o de que "a coação consistiu em exigir dos apelantes a assinatura de um documento sob ameaça de perderem tudo o que investiram" (fl. 507), atuando sobre o ânimo e o psiquismo dos então apelantes, "impondo-lhes por via de um processo de intimidação, uma declaração de vontade não querida, de tal sorte que essa vontade exteriorizada, na realidade, não era a dos pacientes" (fl. 507). Acrescenta o Tribunal de origem que a "ameaça, conquanto não tenha sido explícita, estava demonstrada pelo modo como a apresentação foi apresentada" (fl. 507), isto é, "ou assinavam ou estavam liquidados" (fl. 508). E, citando Espínola, aduz

que "o mal é eminente sempre que o coato não tiver meios para evitá-los e, na hipótese, os apelantes não dispunham de qualquer outro meio para evitar o que lhes estava sendo exigido" (fl. 508), constatando que "os apelantes em todos esses acontecimentos jamais agiram com vontade livre" (fl. 508), aplicando os artigos 147, II, e 99 do Código Civil de 1916. Demais disso, afiançou que não houve concessões mútuas, nos termos do artigo 1.025 do Código Civil de 1916, "porque os apelados não estavam fazendo concessões quando propunham pagar os apelantes pequena parte do capital investido" (fl. 508). As concessões, segundo o acórdão recorrido, foram feitas pelos investidores, "porém, mediante a coação moral exercida" (fl. 508). Finalmente, afirma o Tribunal local que a "alegação de que a transação produziu entre as partes o efeito da coisa julgada e que só se rescinde por dolo, violência ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa, não estando incluída a coação (artigo 1.030 CC), não pode ser aceita por dois motivos: primeiro porque todo ato jurídico pode ser anulado por coação, sabido que esta vicia o ato (artigo 101 do CC) e, segundo, porque no caso houve violação a diversos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor que, ao contrário do que entendem os apelados, é aplicável ao caso em exame, visto ser inegável que entre o investidor e a instituição financeira existe uma típica relação de consumo, ante a inafastável prestação de serviços que a entidade bancária realiza" (fls. 508/509), aplicando o artigo 51, I, do Código de Defesa do Consu-

midor, que considera nulas cláusulas que "impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços que impliquem renúncia ou disposição do direito" (fl. 509). E, no caso, o instrumento particular de transação "contém dois vícios insuperáveis: a renúncia de direitos e a vedação da parte de ingressar em juízo, o que, evidentemente, o torna nulo" (fl. 509).

Nesse ponto, deve afirmar-se que incide o Código de Defesa do Consumidor nas relações entre os investidores e a instituição financeira, como assentado na jurisprudência da Segunda Seção (REsp nº 106.888/PR, Relator o Ministro Cesar Rocha, Segunda Seção, DJU de 05/08/2002). O tema está consolidado agora na Súmula nº 297 da Corte.

Todavia, com relação ao mérito da transação, em questões idênticas, esta Corte entendeu válidas as transações, como se pode verificar dos precedentes das Terceira e Quarta Turmas, a saber, REsp nº 399.564/MG, Relatora a Ministra Nancy Andrighy, DJU de 10/02/2003; REsp nº 512.474/RJ, Relator o Ministro Cesar Rocha, DJU de 1º/12/2003; AgRg no AG nº 505.239/RJ, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, DJU de 26/4/2004.

No precedente desta Terceira Turma, o voto da eminente Relatora decidiu a lide nos termos que se seguem:

"Dispõe o artigo 1.030 do Código Civil: 'A transação produz entre as partes o efeito de coisa julgada, e só se rescinde por dolo, violência, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa'.

A respeito deste dispositivo, as-

signala ORLANDO GOMES: 'A transação é o contrato pelo qual, mediante concessões mútuas, os interessados previnem ou terminam o litígio, eliminando a incerteza de uma relação jurídica. (...) O efeito específico da transação é a extinção da relação jurídica controvertida, pela eliminação da incerteza. Produz a extinção das obrigações decorrentes da 'res dúbia', e declara ou reconhece direitos' ('in': CONTRATOS. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 441/442).

É fato que a jurisprudência tem entendido que a quitação geral, de parcelas não especificadas, tem efeito somente em relação à quantia recebida, em aplicação do disposto no artigo 1.027 do Código Civil.

Contudo, dizer que o artigo 1.027 determina que a transação só implica em quitação quando houver o pagamento total do débito, levaria à extinção de tal instituto, até porque as partes não estariam transacionando, mas sim extinguindo a dívida pelo efetivo pagamento do valor.

Ressalte-se que a transação implica em concessões mútuas. O doutrinador Sílvio Rodrigues observa que: 'É a composição a que recorrem as partes para evitar os riscos da demanda, ou para liquidar pleitos em que se encontram envolvidas; de modo que, receosas de tudo perder ou das delongas da lide, decidem abrir mão, reciprocamente, de algumas vantagens potenciais, em troca da tranqüilidade que não têm.' ('in': DIREITO CIVIL, VOL. 2, PARTE GERAL DAS OBRIGAÇÕES. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 238).

A interpretação restritiva que deve ser dada à transação é no sentido que não deve a mesma ser

ampliada por analogia ou alcançar situações não expressamente especificadas no instrumento, quando o débito tratar de parcelas distintas.

A se manter o entendimento firmado pela c. Corte a quo, não faria sentido as partes transigirem, pois o acordo firmado só traria vantagens ao credor que, ainda assim, poderia discutir o direito em Juízo.

No mesmo sentido foi o voto proferido pelo em. Min. Eduardo Ribeiro, quando do julgamento REsp 89298, Rel. Min. Zveiter, Rel. p/ acórdão Min. Costa Leite, DJU de 28/02/2000, do qual se transcreve o seguinte trecho, *in verbis*:

'A tese sustentada pelo eminente Relator leva, 'data venia' a que não possa haver transação, pois essa implica concessões recíprocas. Vale observar que, a firmar-se tal entendimento jurisprudencial, ficariam as partes inteiramente sem estímulo para, independentemente do ingresso em Juízo, acertarem suas divergências.'

É cediço que a transação, enquanto acordo de vontades, é forma de extinção das obrigações. Portanto, uma vez reconhecida a existência de transação extrajudicial levada a efeito entre as partes, mister seria o reconhecimento da produção dos efeitos da coisa julgada e, conseqüentemente, da falta de interesse de agir da recorrida.

Havendo transação entre as partes, somente a demonstração de vícios de vontade poderia invalidar os termos desse negócio.

Tendo o v. acórdão recorrido asseverado que não houve vício, dolo, erro ou violência que poderiam macular a transação, extinta fora, definitivamente, a relação

obrigacional, liberando-se completamente a devedora no tocante ao contrato e eventuais perdas decorrentes de descumprimento deste.

Forte nestas razões, CONHEÇO do recurso especial e DOU-LHE PROVIMENTO, para extinguir o processo sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, V, do CPC."

O que se verifica, portanto, é que esta Corte assentou que válida a transação, com o que a fundamentação do acórdão recorrido sobre o vício de vontade esbarra nessa circunstância.

É certo que no precedente de que Relatora a Ministra Nancy Andrighi, como visto, há menção ao fato de não ter o acórdão recorrido identificado qualquer vício de vontade para ensejar fosse anulada a transação. E, ainda, no precedente de que Relator o Ministro César Rocha, na Quarta Turma, o acórdão recorrido tenha expressamente, afastado a existência de coação, o mesmo ocorrendo no precedente de que Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior. Neste último precedente, o voto do Relator, de forma muito clara, afirmou que "toda evidência, inexistiu, na espécie, qualquer coação, mas uma transação celebrada entre as partes para recebimento de valores de aplicação em fundos de investimento, inexistindo, na espécie, ofensa ao CDC". Assim, o que importa é que na situação concreta da relação entre os investidores e as instituições financeiras houve a validação da transação e esta Corte considerou ausente circunstância que revelasse vício de vontade para efeito de anular a transação. Com isso, seria incongruente admitir em caso idêntico solução diversa.

Destarte, considerando os precedentes da Segunda Seção, os especiais merecem conhecidos e providos para afastar a multa dos embargos de declaração do segundo réu e restabelecer a sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito, ficando prejudicados os especiais contra o acórdão dos embargos infringentes.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO:

Cuidam os autos de ação de cobrança cumulada com declaratória de nulidade de transação, tendo em vista reduções de patrimônio resultantes de aplicação financeira em fundos de investimentos decorrentes de mudança da política cambial determinada pelo governo em 1999.

Entenderam os autores ser nulo o instrumento particular de transação tendo em vista que assinado sob coação para que desistissem de qualquer procedimento judicial.

A sentença julgou improcedente o pedido e o Tribunal a quo o proveu, por unanimidade, decidindo por maioria penas em relação ao quantum. Os embargos infringentes foram rejeitados.

O BANCO BOAVISTA S/A e BES BOAVISTA ESPÍRITO SANTO DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A interpuseram recurso especial com base nas letras a e c do permissivo constitucional.

O eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, relator do feito, deu provimento aos recursos interpostos pelos réus para julgar improcedente a ação, mantendo a sentença, por entender que o aresto recorrido decidiu em desconformidade com o entendimento já firmado por esta Corte.

Pedi vista para melhor me inteirar da questão.

Razão assiste aos recorrentes.

A matéria já foi decidida por ambas as Turmas que compõem a egrégia Segunda Seção, no sentido de considerar válidas as transações em casos como o destes autos, não existindo qualquer vício de vontade a macular o ato jurídico (REsp 214.821-PR, Rel. Ministro Barros Monteiro, DJU de 7/6/2004; REsp 505.239-RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJU de 26/4/2004; REsp 399.564-MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJU de 10/2/2003).

Também por decisão monocrática, objeto de agravo regimental desprovido por unanimidade por esta egrégia Turma, já tive oportunidade de me manifestar em casos como o destes autos, onde o agravado era uma das ora recorrentes, mantendo o acórdão que também julgou improcedente a ação proposta com o objetivo de anular transação sob alegada coação em casos de insucesso de investimento.

Acompanho, assim, o eminente relator.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Inscrição em cadastros de inadimplentes. Depósito do valor incontroverso. CDC e abuso de direito. Negativa de utilização do processo para perpetuação de dívidas. Precedentes do STF e STJ.

EMENTA

CAUTELAR. CONTRATO BANCÁRIO. INSCRIÇÃO DO DEVEDOR NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. VERBA HONORÁRIA.

Nas causas de revisão de contrato, por abusividade de suas cláusulas, não cabe conceder antecipação de tutela ou medida cautelar para impedir a inscrição do nome do devedor no SERASA e nem para impedir protesto de títulos (promissórias), salvo quando referindo-se a demanda apenas sobre parte do débito, deposite o devedor o valor relativo ao montante incontroverso, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do juiz.

A parte sucumbente deve arcar com honorários advocatícios fixados em 10% do valor atribuído à causa, nos termos do artigo 20, § 4.º, do CPC. Precedentes da Turma. - Prequestionamento delineado pelo exame das disposições legais pertinentes ao deslinde da causa.

Precedentes do STJ e do STF.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do

relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 06 de março de 2006.

Juíza Federal Vânia Hack de Almeida - Relatora.

Apelação Cível nº 2002.72.09.001819-1 - SC. DJU 17/05/2006.

RELATÓRIO

Trata-se de medida cautelar inominada incidental em que os autores objetivam que seus nomes sejam excluídos pela CEF do registro mantido pelo órgãos de restrição ao crédito. Requerem a concessão de liminar. Parcialmente deferido o pedido liminar, para determinar a exclusão do nome de Ildemar Petry do SERASA (fls. 54/55), sobreveio sentença julgando parcialmente procedente o pedido, somente com relação aos autores Lual Pacífico Ltda. e Ildemar Petry. Considerou a sucumbência recíproca.

A CEF interpôs recurso de apelação, sustentando que a ação principal reconheceu a existência da dívida, o que enseja a improcedência do pedido cautelar. Afirma, ainda, que o registro deve ser mantido por não ter a parte autora depositado a quantia que entende devida. Aduz que não é suficiente a concessão de liminar pelo sim-

ples fato de o débito encontrar-se em discussão judicial. Pugna pela condenação dos autores no ônus da sucumbência.

Sem contra-razões, vieram os autos conclusos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

No que diz respeito a questão do registro do nome dos devedores nos cadastros restritivos de crédito, revendo posicionamento anterior, passo a adotar como razões de decidir, a posição dominante do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de evitar abusos.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. SERASA. INSCRIÇÃO.

PROTESTO. TÍTULOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Segundo precedentes desta Corte, nas causas de revisão de contrato, por abusividade de suas cláusulas, não cabe conceder antecipação de tutela ou medida cautelar para impedir a inscrição do nome do devedor no SERASA e nem para impedir protesto de títulos (promissórias), salvo quando referindo-se a demanda apenas sobre parte do débito, deposite o devedor o valor relativo ao montante incontroverso, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do juiz (REsp. 527618/RS). 2 - Recurso não conhecido. (STJ, REsp. nº 610063/PE, 4ª Turma, Min. Rel. Fernando Gonçalves, DJU de 31/05/2004).

CIVIL. SERVIÇOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. REGISTRO NO ROL DE DEVEDORES. HIPÓTESES DE IMPEDIMENTO.

A recente orientação da Segunda Seção desta Corte acerca dos juros remuneratórios e da comissão de permanência (REsp's ns. 271.214/RS, 407.097/RS, 420.111/RS), e a relativa frequência com que devedores de quantias elevadas buscam, abusivamente, impedir o registro de seus nomes nos cadastros restritivos de crédito só e só por terem ajuizado ação revisional de seus débitos, sem nada pagar ou depositar, recomendam que esse impedimento deva ser aplicado com cautela, segundo o prudente exame do juiz, atendendo-se às peculiaridades de cada caso.

Para tanto, deve-se ter, necessária e concomitantemente, a presença desses três elementos: a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado.

O Código de Defesa do Consumidor veio amparar o hipossuficiente, em defesa dos seus direitos, não servindo, contudo, de escudo para a perpetuação de dívidas.

Recurso conhecido pelo dissídio, mas improvido. (STJ, REsp. nº 527618/RS, 2ª Sessão, Min. Rel. Cesar Asfor Rocha, DJU de 24/11/2003)

No caso dos autos, não há notícia de nenhum depósito efetuado pelos devedores de valor referen-

te à parte tida por incontroversa, nem tampouco de que tenham prestado caução idônea, devendo, portanto, ser negada a pretensão postulada.

Verba honorária

Restando os autores sucumbentes, no que se refere aos honorários advocatícios, a partir de precedentes desta

Corte, levando em consideração a espécie, a verba honorária deve ser fixada em 10% do valor atribuído à causa, nos termos do artigo 20, § 4.º, do CPC. Custas finais pela parte autora.

Prequestionamento

Segundo entendimento do STF, o "prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, mas, sim, que este tenha versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha"

(RE 141.788/CE, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJU de 18/06/1993).

Em precedentes da Corte Especial, o STJ tem concluído pela desnecessidade da exigência de citação numérica do artigo, tendo como suficiente, para fins de prequestionamento, que a matéria versada no dispositivo apontado como violado tenha sido debatida e apreciada pelo Tribunal de origem. Necessário, assim, que se tenha o prequestionamento implícito ou explícito, a justificar o conhecimento de futuro recurso aos Tribunais Superiores. Neste sentido:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. ADMISSIBILIDADE. ORI-

ENTAÇÃO DA CORTE. EMBARGOS ACOLHIDOS.

I - O prequestionamento implícito consiste na apreciação, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a lei tido por vulnerada, sem mencioná-la expressamente. Nestes termos, tem o Superior Tribunal de Justiça admitido o prequestionamento implícito.

II - São numerosos os precedentes nesta Corte que têm por ocorrente o prequestionamento mesmo não constando do corpo do acórdão impugnado a referência ao número e à letra da norma legal, desde que a tese jurídica tenha sido debatida e apreciada.

(REsp 155.621-SP, STJ, Corte Especial, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 13/09/1999)

O requisito específico de prequestionamento não se satisfaz com a simples oposição de embargos de declaração, já em segundo grau de jurisdição, suprimindo a manifestação do juízo de primeiro grau e inovando a causa de pedir recursal. É necessária a instauração do debate do tema federal perante as instâncias de origem, a relevância para a solução da controvérsia judicial, e a assunção de uma postura judicial diante do texto da lei.

(REsp 325169/SP, STJ, 3.ª Turma, Min. Nancy Andrighi, DJU de 25/02/2002).

Uma eventual omissão do exame de outros dispositivos legais aventados no recurso deve-se ao fato de que estes em nada contribuíram para o deslinde da controvérsia. Importa "notar que ao tribunal toca decidir a matéria impugnada e devolvida. A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígi-

os. Não é peça acadêmica ou doutrinária, tampouco se destina a responder a argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia, observada a *res in iudicium deducta*" (STJ, Embargos de Declaração no REsp nº 487301, Segunda Turma, 11/05/2004).

Em face do exposto, dou provimento à apelação.

É o voto.

Juíza Federal Vânia Hack de Almeida - Relatora.